✠

POR

D. FRANCISCA ANTOnia de Cabrera y Bobadilla, y don Francisco de Zuñiga y Auellaneda, Duques de Peñaranda, y Conde de Miranda, como su padre, y legitimo administrador, y curador adliten,

CON

Don Diego Lopez Pacheco, Marques de Villena, Duque de Escalona, Conde de Santisteuan.

SOBRE

La tenuta, y possessiõ del mayorazgo, y Estado de Moya

Respondiendo à su informacion en derecho.

A

El



L auer eſcrito el Duque de Eſcalona; con viſta de nueſtra informaciõ, procurando ſatisfazer a los fundamentos della, nos ha obligado a reſponder para que quede mas llana, y ſin diſputa la pretenſion de Doña Franciſca Antonia.

2 El Marques diuide ſu informacion en los miſmos dos articulos en que ſe diuidiò la deſta parte.

3 El primero, diziendo que obſta la excepcion de coſa juzgada, en el pleito que ſe litigò entre el Duque don Franciſco Lopez Pacheco; y doña Iuana ſu hermana, hijos ambos de doña Luiſa de Cabrera y Bobadilla, tercera Marqueſa de Moya.

4 El ſegundo, pretendiendo fundar, que quando faltara la coſa juzgada, es legitimo ſuceſor, y que ſe le transfiriò la poſſeſion, ciuil, y natural deſte Eſtado, por muerte de don Diego Lopez Pacheco Conde de Santiſteuan ſu hijo.

Reſpueſta al primer articulo de la coſa juzgada.

5 Deſde el num. 11, exorditur pars aduerſa, diziendo que la ſentencia dada contra el poſſeedor del mayorazgo perjudica a todos los demas, q̃ por muerte del podian pretender la ſuceſsion; y para probar eſta concluſion ſe alegan muchos derechos vulgares, a que ſe pudieran añidir los que ſe alegaron en nueſtra informacion, deſde el numero 27. porque no ay duda que la executoria pronunciada contra el que eſtaua poſſeyendo el mayorazgo, en fauor del ſuceſſor de otra linea, que le puſo demanda, perjudicarà a todos ſus deſcendiẽtes, y aqualquiera dellos q̃ entrare a litigar por el miſmo derecho que quedò vencido.

Nos

354

6 Nos autem versamur in longe dissimili casu; porque doña Iuana Pacheco, que fue la que prouocò en aquel juizio, rebisabuela de doña Francisca Antonia, nunca fue posseedora; y lo que alli se litigò, no fue sobre los bienes principalmente; sino sobre la fuerça de los llamamientos, en que venciò don Francisco Pacheco, porque no auiendo quedado conforme a la disposicion hijo varon segundo, inmediato de la sucessora que casò con señor que tenia otro Estado, y mayorazgo, se dio prelacion contra la hembra al hijo primogenito varon, para que posseyesse ambos Estados, y la diuision se hiziesse en sus hijos, sucediendo en el de Moya el hijo segundo, ya fuesse varon, ò hembra; de manera que la junta que permitiò en el hijo inmediato varon, aunque tuuiesse hermana, la prohibiò en el nieto, ò bisnieto, &sic de cæteris para que a falta de nieto, ò bisnieto segundo varon, sucediesse la nieta, ò bisnieta, hermana del varon que huuiesse de suceder en el Estado de su padre, en el Estado de Moya, vt patet, ibi: *Pero si acaeciere que la tal muger solamente huuiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo, è lo tenga, è possea en su vida; pero despues de sus dias, que lo aya, è herede el segundo varō suyo legitimo, è natural, o hija en defeto de hijo varon e sus descendientes legitimos, è naturales.* En que viuamente; y sin que se pueda desvanecer la fuerça desta clausula con ninguna interpretacion, dispuso el fundador deste mayorazgo, el caso que se determino en la dicha executoria, en que fue preferido el Duque don Francisco Pacheco, como hijo varon primogenito de doña Luisa de Cabrera, excluyendo a su hermana, porque las hijas de la sucesora, que casò con quien tuuiesse otro Estado, no tienen llamamiento para excluir al hermano varon, y tambiē el que se ha de determinar aora entre los nietos, de los

gra-

grados vlteriores al de aquella hebra sucessora; entre los quales està excluido el nieto varon, que ha de heredar otro mayorazgo, y llamada la hija nieta, ò bisnieta, a falta del hijo, ò nieto varon segundo, por las palabras que estan ponderadas, ibi: *Pero despues de sus dias, que lo aya, è herede el segundo hijo varon suyo, o hija, en defeto de hijo varon, è sus descendientes*: Que es lo mismo, que si por palabras claras huuiera determinado, que muerto el Conde de Santisteuan sin hijo varon, sucediesse hija segunda de la descendencia de doña Luisa de Cabrera, doña Francisca Antonia. Con que se verifica la diuersidad de los casos, y lo infalible de la conclusion, que la cosa juzgada cõtra el que prouocò al juizio, al que estaua posseyendo, y fue vencido, no perjudica a sus sucessores que entran por su derecho proprio, vt plene diximus in prima allegatione, num. 32.

7 Porque fuera cosa injusta, y cõtra la equidad del derecho, que auiendo querido litigar doña Iuana Pacheco estando excluida, y sin tener llamamiento contra su hermano varon, que le tenia claro, por ser hijo inmediato de la sucessora hembra, que casò con quien tenia otros Estados, por las primeras palabras de la clausula, ibi: *Pero si acaesciere que la tal muger, solamente huuiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo*: huuiesse de parar perjuicio a doña Francisca Antonia, que como quarta nieta de doña Luisa de Cabrera, tercera Marquesa de Moya, tiene su llamamiento en las palabras ponderadas; *O hija en defeto de hijo varon segundo*, de quo inferius ad responsionem secundi articuli.

8 Con que se responde a lo que se dize en el nu. 12. en que se haze vna notable ilacion, que assi como si la executoria huuiera salido contra el Duque don Francisco, era precisso que perjudicasse al que

oy

oy litiga, como descendiente suyo, sic similiter, ha de perjudicar a doña Francisca Antonia, como descendiente de doña Iuana.

9 Porque entrando por su proprio derecho, y llamamiento, no puede obstar contra ella la cosa juzgada de aquel litigio: en que perdiò el pleito su rebisabuela; por competir con su hermano varon hijo de la posseedora, que auia casado con varon que tenia otro Estado, en quien permitiò la junta de ambos mayorazgos, y aora litiga la nieta, ò rebisniet[illegible] q̃ tiene llamamiento para entrar a falta de su hermano segundo varon, que sucediò por muerte del Conde de Santisteuan, con prelacion al Duque de Escalona, varon de linea postergada; padre del vltimo varon que murio sin sucession, hallandole la vacante posseedor de tan grandes Estados; a quien el fundador tuuo por muerto, y no llamado, prohibiendo que pudiesse suceder por regla general, diziẽdo: *Que no viniesse, ni pudiesse venir al hijo mayor este Estado; porque aya, y herede el mayorazgo de su padre, y no se confunda este con el suyo.*

10 En los numeros 13. 14. y 15. prosigue el Duque los fundamentos de la cosa juzgada, diziendo, q̃ en este pleito concurren las tres identidades de la *l. cum quaeritur cum duabus sequentibus, ff. de exceptione rei iudicatae.*

11 Nempe identitas personae, porque representatiue doña Francisca Antonia, es la misma persona de doña Iuana Pacheco.

12 Identitas rei, porque es sobre el mismo Estado, y mayorazgo.

13 Et identitas actionis, porque doña Francisca, se fundaua en que era incompatible con los de Villena, y Escalona, y el mismo derecho se deducẽ aora.

14 A que se responde en quanto a la primera identidad con lo que està ponderado, que son tan diferentes las personas que la que oy litiga, tiene llamamiento expresso: y la que litigò entonces tenia exclusion, vt in prima allegatione, a num. 7.

15 En quanto a la segunda, y tercera, que no es lo que obra la cosa juzgada, el litigarse sobre vnos mismos bienes en vn juizio que en otro, sino ser vna misma la causa, y origen del pedimiento: y auiendo sido la causa, de pedir doña Iuana en el primer pleito, que auia llegado el caso de su llamamiento, y de la incompatibilidad; porque el Duque don Francisco su hermano, no podia suceder en ambos estados y q̃ ella auia de suceder, como hija segunda de la Marquesa doña Luisa, y la accion que en este se intenta, q̃ auiendo muerto sin descendencia el Conde de Santisteuan, y acabadose en el la linea de don Francisco Pacheco su abuelo, que fue el quinto Marques que sucedio, como hijo segundo del Duque don Francisco que venciò, aora se defiende q̃ passò por su muerte la sucession a D. Francisca Antonia, quarta nieta, y descendiente de la dicha Marquesa.

16 En aquel juizio dezia doña Iuana Pacheco, que conforme a la clausula de la incompatibilidad q̃ disponia, que se diuidiesse el Estado de Moya en el segundo hijo varon que dexasse la sucessora q̃ huuiesse casado cõ señor que tuuiesse otro Estado, ella auia de suceder, aunque fuesse hembra; porque debaxo de la palabra *varon*, se entendia tambien la hembra, a q̃ replicaua el Duque don Francisco, que la hembra hija de la sucessora, teniendo hermano varon, como el lo era, aunque fuesse solo no podia suceder por las palabras de la clausula, ibi: *Que si acaesciesse, que la tal muger solamente huuiesse vn hijo varon, que este al hijo huuiesse el dicho mayorazgo.*

Y en

17 Y en este dize D. Frãcisca Antonia, que aunque el fundador excluyò à la hija de la sucessora, prefiriẽdo al hermano varon, para que tuuiesse ambos Estados, no auiendo hijo varon segundo, està junta la prohibiò en el nieto; disponiendo que à falta de hijo segundo varon del que huuiesse sucedido; y en quien se huuiessen juntado ambos Estados, sucediesse la hija nieta de aquel sucessor, y sus descendientes, ibi: *Que lo aya, y herede el segundo hijo varon suyo legitimo, y natural, o hija en defeto de hijo varon, y sus descendientes.* Y no auiẽdo nieto varõ segũdo, porq̃ por muerte del Cõde de Santisteuan, se acabò la descendencia del quinto Marques de Moya don Francisco Pacheco, entra doña Francisca Antonia, como quarta nieta de la Marquesa doña Luisa, por el llamamiento de la clasula, ibi: *O hija en defeto de hijo segundo varon.*

18 Con que tambien se responde à lo que se dize en los numeros 16. 17. 18. 19. y 20. que si doña Francisca Antonia, venciera en este juizio, fuera la sentencia ex diametro contraria à lo que se determinò en el primero; porque la diuision deste mayorazgo, solo tiene lugar quando quedan dos hijos varones en quien diuidirse; pero no quando queda solo vn hijo varon, aunque quede otra hija: y que la hembra nunca puede suceder en concurso, y competencia de qualquier varon, sino que su llamamiento; se ha de entender en defeto de todo hijo varon absolutamẽte

19 Porque esto mismo es lo que vamos fundãdo en fauor de doña Francisca Antonia, y se fundò en el primer articulo de la alegacion primera (entendida la clausula en su verdadero sentido) que la hija de la sucessora hembra que huuiesse casado con varon que tuuiesse otro Estado, y mayorazgo, no sucediesse, teniendo hermano varon; porque no quiso q̃ la diuision se hiziesse en este caso, sino que el hijo varon

varon inmediato de la sucessora, aunque tuuiesse hermana, sucediesse en ambos Estados.

20 Pero quando llegò a la sucession de los nietos, dixò, y dispuso lo que està fundado: *Que en defeto de nieto varon segundo, sucediesse la nieta, y bisnieta, y sus descendientes*, que es el caso que se ha de determinar; porque no auiendo nieto varon segundo de doña Luisa de Cabrera, porque el Conde de Santisteuã en quien se acabò la linea del nieto segundo que sucedio, muriò sin sucession; y entrò el llamamiento de la nieta, en exclusion del Duque de Escalona, que no es nieto segundo, sino hijo mayor del Duque don Francisco Fernandez Pacheco, que al tiempo de la vacante estaua posseyendo las casas de Villena, y Escalona, y se hallò impedido para no poder suceder en la de Moya, por la regla general de la confusion, ibi: *E no venga, ni pueda venir al hijo mayor, porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre, y no se cõfunda este mi mayorazgo con el suyo.*

21 Ex quibus conuincitur, que este segũdo juizio, non venit ad rescisionẽ eius, quod in primo fuit determinatum, como se dize en el num. 20. de la informacion contraria, sino a determinar el llamamiento de la clausula: *Pero si acaesciere*, en el versiculo: *Pero despues de sus dias*, en que se dà prelacion a falta de varon segundo de toda la descendencia a la hija del varon que tuuo ambos Estados (el de su padre, y el de Moya) y a sus hijos, y descendientes; excluyẽdo a todo varon que tenga otro Estado, y mayorazgo, con quien este se pudiesse confundir.

22 Y tambien se responde a la alegacion de Surdo *cons. 312. num. 8. in fin.* quæ adducitur, d. num. 20. que en la sustancia es en fauor desta parte; porq̃ lo que se litigò en el primer juizio, de quo ibi, fue si

vnos

vnos bienes eran libres, para diuidirse entre los herederos, ò si erã feudales para que sucediesse en ellos el mayor; y auiendo litigado los interessados, se declarò que eran libres, y se hizo la diuision.

20 Y auiendose buelto a mouer nueuo juizio entre las partes sobre lo mismo, pidiendo que se declarasse que los bienes no erã partibles, defiẽde Surd. que abstaua la cosa juzgada: *Nam si denuo cognoscendum esset, de faudalitate sine dubio in controuersiam veniret, id quod in primo iudicio fruit decissum.*

21 Y la misma respuesta tiene la controuersia 34. num. 40. & 41. de Capicio Galeota vol. 2. quæ in cõtrarium adducitur n. 21. en que defiende, què obstaua la cosa juzgada; porq̃ en el primer juizio en que se auia juzgado, que Iuan Bautista era legitimo sucessor, y llamado al fideicommisso, se auia disputado si era; ò no capaz de suceder: y auiendose buelto a mouer la misma question al mismo que auia vencido iure contendit, que obstaua la excepcion del juizio fenecido, y acabado: *Nam si secundum Philipi pretensionem in nouo iudicio iudicaretur Ioannes Bauptista indignus, vel incapax sucessione bonorum, ad qua vigore fideicommissi vocatus fuit necessario iudicaretur, Ioani Bauptista exceptionem non prodesse*, quæ in quam non solum præsenti iudicio non aduersantur verum etiã ad eius decisionem non parum conducunt vtriusq; litigij personis actionibus, & exceptionibus perpensis.

22 En el num. 22. se dize, que no se alcança la razon de diferencia que ay de vn juizio a otro, y que si alguna es, para calificar mas la cosa juzgada, porq̃ doña Iuana era hija de la vltima posseedora, y en linea, y grado, era igual a don Francisco su hermano, y doña Francisca Antonia no es hija, ni descendiente del vltimo posseedor, ni del que obtuuo la execu-

toria, ni es igual en linea, y grado al Duque, que de-
mas destas prerrogatiuas la haze ventaja en el sexo; y q̄ le assiste la regla para ser preferido, ad quorum comprobationem multa adducuntur iura; *dict. nu. 22. & num. 23.*

23 Quibus facilime respondetur. Lo primero, que la justicia de doña Francisca Antonia, se funda en lo sustancial destas mismas consideraciones; porque por ser doña Iuana hija de la vltima posseedora, y tener hermano varon a quien pretendia preferirse, la venciò don Francisco Pacheco, porque quedando hijo de la hembra que sucediò, y casò con quien tenia otro Estado; està permitida la junta de ambos, y prohibida en los nietos, y demas descendientes de aquellos hijos; entre los quales a falta del hijo segundo varon, ha de entrar la hija nieta, ò bisnieta, y sus descendientes, vt de eo toties verba fecimus in hac & in prima allegatione.

24 Lo segũdo q̄ en los mayorazgos q̄ tienẽ clausula de incõpatibilidad, cessan las reglas ordinarias, y no entra fundando el que tiene en su fauor la linea, y la proximidad del parentesco, y la calidad del sexo, sino el que tiene por si la voluntad del testador, y la disposicion de las clausulas de los llamamientos, *l. verbis legis, ff. de verbor. significat. l. cum ita, §. in fideicommiss. ff. de leg. 2.* ibi: *Nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit, l. 40. Tauri*, ibi: *Saluo si otra cosa estuuiere dispuesta por el testador*, elegans textus, & non vulgaris, *in l. contra voluntatem, C. de testamento manumissis.* Donde no solo contra disposiciones regulares; pero contra el fauor de la libertad se determina, que es contra piedad darsela al esclauo a quien el testador no quiso que se diesse porque en esta competencia vence a la piedad la voluntad del

que

que dispuso, ibi: *Contra voluntatem matris tuæ libertatem in eum conferre, quem illa liberum fieri prohibuit non debes, ne videaris iura pietatis violare*, porque la disposicion especial, vence a la general; aunque tenga amplissimas clausulas, & generalis, seu vniuersalis substitutio non porrigitur ad casum in quo est specialiter prouissum, *vt in l. cohæredi, §. qui patrem, ff. de vulgari, glosa in l. si quis priori, ff. ad Trebelian.* & ad propositum, Peregrinus *cons. 39. num. 28. lib. 1.* donde haziendosele la misma oposicion que haze el Duque, responde que no obstan las prerrogatiuas de linea, y grado: *Cum constet testatorem in hoc suo maioratu certum, & determinatum cõstituisse ordinem succedendi adeo, vt ad legis interpretationem recurrere non sit opus.*

25 Lo tercero, que con la misma consideraciõ que en contrario se haze, y con sus mismas palabras se desuanecen las prerrogatiuas en que se funda; diziendo, que si doña Iuana Pacheco fuera varon, era su derecho indubitable, como lo fue en don Francisco Pacheco, quinto Marques de Moya, hijo segundo del Duque don Iuan, en competencia del primogenito.

26 Porque no puede auer cosa mas irregular, y contra las reglas, y prerrogatiuas ordinarias, que suceder el hijo segundo, en competencia del hijo mayor.

27 Lo quarto, que el *capitulo 1. de natura successionis feudi*, y los demas derechos que se alegan en el num. 23. hablã en mayorazgos regulares; en los quales auiendo entrado en vna linea, no puede auer trãsito a otra, hasta que aquella donde entrò, este fenecida, y acabada, secus autem, en los mayorazgos incompatibles; y en este especialmente, en el qual des-

pues

pues de auer entrado en la linea del hijo primogenito, que la hizo para si, y para sus descendientes, en quien permitiò el testador la junta de dos Estados; se dispone que se diuidan entre sus hijos: *Y que el de Moya lo aya el segundo, para que el primogenito suceda en el de su padre, y no se confunda con èl suyo.*

28 En el *num.* 24. prosiguiendo el discurso de la prerrogatiua de linea, y grado, se dize que esto mismo dispuso el fundador expressamente en la clausula, fol. 2. B. ibi: *Y despues por esta regla, è orden, q̃ lo ayan, y hereden todos los descendientes, en manera que no torne en ninguno de los transuersales auiendo hijos, o hijas legitimos naturales, è no interpretatiuos del que posseyere este dicho mayorazgo*, de que infieren; que aunq̃ el Duque no es descendiente del vltimo posseedor, basta serlo del Marques don Francisco que obtuuo la executoria; respeto del qual es transuersal la parte contraria, ad quod adducitur Castill. *cap. 93. nu. 14. lib. 5.*

29 Cui considerationi respondetur. Lo primero, que es extra rem, ponderar esta clausula para la determinacion del caso de la vacante de que aora se trata, porque fue continuacion de las demas clausulas, en que el fundador dispuso los llamamientos de vn mayorazgo regular, hasta que llegasse el caso de la incompatibilidad, y en ella dixo sin misterio alguno: *Que sucedan los hijos, y descendientes del que tuuiere este mayorazgo*, de manera, *q̃ no torne en ninguno de los transuersales*; porque no auiendo duda, en que auian de suceder el hijo, ò hija del vltimo posseedor, ex expressione eius quod tacitè inerat nihil fuit operatum, nam verba conditionem importantia, quæ tacitè insunt non faciunt dispositionem conditionalem: *Iuxta notata in cap. fin. de præsumptionib.* Oldrald. *cons.*

223.*num.3.verf.Secundo hoc idem* Lappó *allegat.61. Visis litteris,num.2. verf.nec obstat*, Federico de Senis *conf.163.num.2.verf.nec obstat*, vbi ait ad propositum *Quod expressio eius quod tacitè inerat non dat nouam formam,nec faciunt actum conditionalem, ex l. quæ extrinsecus vbi glos. vltima, ff. de condit. & demonst. nec alterat dispotionem, vt per Ancharranum conf. 17. super alia,num.4.* y hablando de la misma condicion: *Si tuuiere hijos*, Castrenf.*conf.338.ad primum,num.2. lib.2.* Alex.*conf.121. viso temate, num.3. & num.12. lib.2.* Y en esta disposicion corren estas reglas sin cõtrouersia;porque en toda ella vsò el fundador deste modo de hablar,como en la clausula en que dispuso: *Que si fueren dos personas de vn vientre, preceda el varon a la hembra*, siendo calidad que no era necessario expressalla,quia tacitè inerat.

30 Lo segundo, que quando se quieran considerar las palabras desta clausula condicionales: *Que si tuuiere hijo,o hija el posseedor deste Estado,no torne en ninguno de los transuersales*: Se puede fundar en ellas el llamamiento de doña Fracisca Antonia, auiendo muerto sin hijo el Conde de Santisteuan, nam deficiente persona excludente necessario deficit exclusio,*l.alteri,& l.filio,§.matri,ff.de adimend.legatis, & per hæc iura*, Tiraquelus *de primogenitura,q.53.num.36.* Y tornara la sucessiõ a doña Francisca Antonia que es la trasuersal,que segun la disposicion del mayorazgo,deue suceder como quarta nieta de la Marquesa doña Luisa de Cabrera, y tercera nieta de doña Iuana Pacheco,que quedò suspendida, ò no entrò siendo hija segunda,por auer sucedido su hermano, como varon llamado,y despues el Marques don Frãcisco,como hijo varon segundo;cuya linea,y descẽdencia se acabò en el Conde de Santisteuan su nieto,

con que faltò la condicion que auia de impedir la entrada del transuersal; porque si esta clausula, y condicion, no se entendiera en esta forma, y no huuiera de entrar el transuersal, en caso de morir sin hijos el vltimo posseedor, como sucedio en esta vacāte, se acabara el mayorazgo; acabandose en el los que auian de suceder, quod esset absurdum, & omnino alienum a mente disponentis.

31 Itaque, ò ya se considere la palabra *torne*, del transuersal; cuya linea no entrò, ò quedò suspendida, *vt in l. filius, ff. de vsufructu legato*. ibi: *Proprietatem autem eorum quæ supra scripta sunt reuerti volo ad filias meas, quæve ex his tunc viuent auth. de restit. ea quæ parit in vndecimo mense collat.* 4. ibi: *Sed reuerti ad illum cui dare iussa fuerunt*, Oldraldus *cons. 235. num. 6.*

32 O ya se considere, como se ha de considerar para que venga de nueuo la sucession al transuersal del vltimo posseedor, *vt in l. verbum redendi, ff. de verbor. significat. & in l. cumquidam 21. ff. de leg. 2.* vt intelligit Dom. Molin *lib. 2. cap. 3. num.* 4. auiendo muerto sin sucession el Conde de Santisteuan, y no auiendo hijo segundo varon en esta descendencia, es preciso auer de entrar descendiente de la linea segunda de los hijos de doña Luisa de Cabrera, que se halla desembaraçado para esta sucession.

33 Sin que obste lo que replica el Duque en este, n. que aunque no es descendiente del vltimo posseedor, basta serlo del Duque don Francisco, que obtuuo la executoria para impedir la sucession de todo transuersal.

34 Respondetur enim, que auiendo quedado excluida la linea del Duque don Iuan Fernandez Pacheco su padre, para la sucession del Estado de Moya, por la clausula de la incompatibilidad, no puede

aora

aora tener entrada, para que buelua a tras la sucession a la linea que quedò excluida, nam semel exclusus perpetuo remanet exclusus: *Vt collat. 10. tit. Episcop. vel Abbat. §. qui etiam, vbi glos.* Calderin. *cons.* 307. Roman. *cons.* 1. *num.* 2. *& vers. interea eo casu in princip.* decis. Pedemont. 23. *num.* 17. *vbi testatur de communi*, & adducitur ratio: *Quia radix mortua nō potest ramum fructiferum producere,* Fulgos. *cons.* 12. Alex. *cons.* 29. *num.* 7. *lib.* 1. Angel. Aretin. *cons.* 41. *in hoc themate, & sequenti, vbi num.* 10. *ait, ita tenere omnes Doct.*

35 Y aunque se suele limitar esta regla, y conclusion, quod semel exclusus, ex vno capite aliquando admittitur ex alio, se ha de atender re omnino integra, *l.* 1. *§. sed videndum est ff. de success. edict.* Federic. de Senis *cons.* 26. *cassus talis est, num.* 2. *in princip. vers. Item exclusus.*

36 Y en ningun caso se puede mejor limitar esta limitacion, que en este, ni puede suceder otro, a q̃ mejor se ajustē las clausulas de la incompatibilidad, y voluntad del fundador, para *que no suceda el hijo mayor que sucedio en el mayorazgo de su padre, porque con èl no se confunda el suyo,* Si quidem, hallandose posseyendo el Duque los Estados de Villena, y Escalona, quando murio el Conde de Santisteuan su hijo, posseedor del Estado de Moya, le hallò impedido de tal manera la sucession, q̃ no pudo por el ministerio de la ley, transferirse en el la possessiō ciuil y natural deste Estado; porque le considerò, como no llamado, y excluydo: y se traspassò en doña Francisca Antonia, como hija segunda descendiente de doña Luisa de Cabrera, vt in puncto decidunt iura, quæ in prima allegatione adduximus, nempe Cuman. *in l.* 1. *§. veteres, ff. de adquir. possess.* vbi Ias. *num.* 20. Gam. *decis.*

27. *num* 4. Mastrill. *decis.* 266. *nu.* 13. *& seqq.* 3. Mier. 2. *part. q.* 6. *num.* 48. *in prima edit.* Castill. *lib.* 3. *cap.* 15. *a num.* 3.

37 Et tãdẽ, para resoluer este articulo, no es el menor fundamẽto auer excluido el Cõsejo del ingresso deste juizio, la excepciõ de cosa juzgada, mãdãdo q̃ respondiesse el Duque derechamente; porque aunque se le reseruò el derecho para poder oponella en el discurso del litigio, si se hiziera concepto, de que la cosa juzgada, comprehendia el caso que oy se ha de determinar, como excepcion dilatoria se determinara luego: *Vt tenent communiter Doct. in cap. inter monasterium, de re iudit.* & cum in dubio contra rem iudicatam ius dicendum sit, *vt in prima alleg. nu.* 38. & tenet Giurba *decis.* 20. *nu.* 16. Salgad. 4. *part. cap.* 3. *numer.* 304. Merito dicendum est, nihil ad rem facere, fundamenta quæ in primo articulo ab aduersa parte adducuntur, maximè animaduersis, quæ in prima allegatione congessimus a num. 1. vsque ad 38. & quæ inferius, etiam dicemus ad exclusionem rei iudicatæ, en la respuesta a los fundamentos del Duque en lo principal.

RESPVESTA.

Al articulo segundo de la informacion contraria.

38 Aunque en el discurso del primer articulo de nuestra informacion, y en la respuesta al de la alegacion contraria, estan tocados algunos puntos de la justicia de doña Francisca Antonia en lo principal, para mayor claridad della, se satisfarà numero por numero, a los fundamentos del Duque.

39 En el num. 30. entra proponiendo por cosa sin

sin disputa, que con solo hallarse varon, tiene por si la assistencia, y disposicion de derecho, para ser preferido a doña Francisca Antonia, y en el num. 31. dize que lo mismo està dispuesto por clausulas repetidas, y geminadas de la fundacion en que se prefieren los varones a las hembras, y los mayores a los menores; y que no auiendo hermano mayor varon, que lo aya, y herede su hermana; y que siempre preceda el primer grado al segundo. Y en el num. 32. que concurren en el todas las quatro prerrogatiuas, de linea, grado, sexo, y edad: y para probar estas proposiciones, se alegan muchos derechos, quæ inquam non inficiamus, nam de huiusmodi communibus, seu generalibus conclusionibus lypis, atque tonsoribus notis, quæ militant in maioratibus regularibus, non ambigimus

40 Sed tamen iure contendimus, que este caso se ha de determinar por la limitacion que reconoce el Duque, dict. num. 32. que para que no ayan lugar las reglas ordinarias, es necessario particular llamamiento del sucessor, que pretende contra ellas tener derecho; porque doña Francisca Antonia tiene llamamiento especial, con exclusion del Duque, & intrant iura in contrarium adducta: *in l. Lutius, §. quæsitum, ff. de legat. 3.* ibi: *Respondi pertinere, nisi aliud cẽsisse testatorem probetur, cap. 7. §. & quia vidimus verbo, hoc autem notandum*, ibi: *Nisi specialiter dictum fuerit, vt ad ea spertineat, qui feud. dare possunt; l. nuptura, ff. de iur. dotium, cum alijs iuribus in contrarium adductis, nu.* 33. & 34.

41 Y para excluir este fundamento, desde el nu. 35. se trata de fundar en la alegacion contraria, que no solo doña Francisca Antonia no tiene llamamiẽto especial, y euidente, como le auia menester, para excluir al Duque, sino que le tiene claro, expresso, y

literal en las palabras referidas de la fundacion,cō exclusion desta parte, y por primer fundamento de su justicia,dize,que la clausula de la incompatibilidad, solamente habla en caso de auer llegado alguna muger a suceder en este mayorazgo por falta de varon, y auerse casado con persona que tuuiesse otro Estado: y que en este caso solo quiso el fundador, que auiēdo de aquel matrimonio dos hijos varones, sucediesse en el Estado de Moya el segundo; pero no en el caso de auer sucedido algun varon, aunque este aliunde tuuiesse otros mayorazgos, ò se casasse con muger que los tuuiesse,que no le excluyò de la sucessiō, ni ay clausula que tal diga, en que se limiten los llamamientos absolutos,y generales,que en las clausulas antecedentes tienen los varones, con prelacion a las hembras.

42 A que se responde, que està tan lexos de la verdadera intelligencia de las clausulas esta proposicion,que si se abraçara en la clausula de la incompatibilidad,fuera turbar,y destruir totalmente el intento que tuuo el fundador,de que no se confundiesse el mayorazgo de Moya con otro,sino tan solamēte en caso que quedasse vn solo hijo varon de la muger que huuiesse casado con quien tuuiesse otro Estado,que fue en el que permitiò la junta de dos mayorazgos; pero en todoslos demas que pudiessen suceder, excluyò generalmente a qualquier varon, ò hembra,para que no pudiesse concurrir en vna missma persona el mayorazgo de Moya con otro igual, ò mayor:porque aunque puso elcaso en dos varones, en el incluyò todos los demas que pudiessen tener igual razon,vt tenet Bald. *in l. de quibus, num. 35. ff. de legib.* dicēs: *Quod quādoplura habent eādē rationem identitatis,licet,de vno,vel duobus tantum fiat mentio, censetur fieri exemplariter, & non restrictiue*, quem se-

sequitur, *Ias. in l. à Titio, num. 6. ff. de verb. obligat. Alex. cons. 75. col. 2. num. 3. & 4. vol. 5.*

43 Y quando la razon de la incompatibilidad es, porque no se confunda vn mayorazgo con otro, comprehende todos los casos que puedē suceder en que milite la misma razon; & species subsequutæ censētur appositæ gratia exēpli, & demonstrationis, & nō causa limitationis, seu restrictionis, *l. regula, §. & licet, ff. de iur. & fact. ignorant, l. stipulationis commodissimum, ff. de verbor. obligat. l. iura nō in singulas, ff. de legib.* porque el efecto que tiene exemplificar la disposicion, es no obrar mas que darla a entender mejor el que dispone, *l. quæsitum, §. si quis fundum, ff. de fund. instruct.*

44 Vnde auiendo sido la causa final de la diuision deste mayorazgo, que no se confunndiesse con otro, quando llegasse el caso de auer de suceder el que tuuiesse otro Estado; con el qual se pudiesse confundir, vt diximus *in prima allegat. à numer. 74. cum seqq.* militando de la misma forma, ò con mas ventaja en el caso sucedido desta vacante, que en el exemplo de los dos varones, cōtra mentem disponentis, se pretende fundar, que ha de excluir a la hembra el varon que tiene otro Estado, y mayorazgo, no siendo hijo del vltimo posseedor, estando comprehendida, y expressada doña Frācisca Antonia en la razō, y causa final que gouierna la disposicion, vt per Bald. *in cap. licet vniuersis, de testib.* quem ad hoc reffert, & sequitur Ias. *in l. si quis id quod num. 24. ff. de iurisdict. omn. iud.* post Alber. *in prima part. statutor. quæst.* 114. & Ant. de Butrio *in c. fin. de consuetud.* Marsil. *in l. 1. C. de rapt. virgin. num.* 232. Decius *in l. fœminæ, ff. de regul. iur. num.* 122. Felin. *in cap. nonne, de præsumpt. num. 5. & in cap. quoniam, de testib. num. 4.*

Y

45 Y en la justicia que defendemos, sobran estas alegaciones, ex his quæ in primo articulo non lento calamo diximus, en la interpretacion de la clausula: *O hija, en defeto de hijo varon, y sus descendientes legitimos.*

46 *En el nu.* 36. se esfuerça mucho la parte del Duque à dar [redacted]razon que dize, que pudo mouer al fundador à lo que dispuso en caso de suceder muger en este mayorazgo; porque por el matrimonio transit in familiam, & generationem viri, y para remediar el daño, de que viniẽdo su casa à muger, se perdia luego en casandose su nõbre, y memoria; y se confundia su casa con la otra, quiso que auiendo varones descẽdientes de aquel matrimonio, sucediesse el varon segundo en este mayorazgo, porque aunque sea por varon descendiente de hembra, se conserua mejor que por la hembra el nõbre, y memoria del fundador; lo qual cessaua en el varon posseedor deste mayorazgo; porque aunque se casasse cõ muger que tuuiesse otro, no passaua a otra familia, y generacion, sino que siempre conseruaua la suya, y asi no quiso, ni dispuso, que en tal caso dexasse de suceder el hijo mayor varon, aunque huuiesse hija hembra, en quiẽ poderse diuidir

47 Pero este discurso (por el qual se quiere adiuinar la intencion del fundador) es derechamente cõtra la disposicion, y contra la causa de la diuision, que le obligò a prohibir la junta de dos Estados, y no se daria caso en que pudiesse auer lugar lo dispuesto, con tã grã preuencion por la clausula de la incõpatibilidad si tuuiesse lugar esta interpretacion.

48 Porq̃ auiẽdo sido el principal motiuo, q̃ no se jũtasse el mayorazgo de Moya cõ otro, cõ q̃ pudiesse cõfundirse, no puede auer probable duda q̃ la verdadera cõfusiõ mas precisa, y mas forçosa fuera, si el Duque de Escalona, Marques de Villena, estando posseyendo sus Estados, entrara en la sucesion del Estado de

de Moya, y se huuierá de aguardar, posseyendolos todos, à que tuuiesse hijo segundo varon, que sucediesse en èl, pudiendose conseruar mejor, declarandose la tenuta por Doña Francisca Antonia, que se intitularà Marquesa de Moya, sin mezcla de otro titulo: que no entrando la succession en èl, ò en su hijo, ò descendientes varones, que no tuuiessen hijos segundos, que siempre hã de ser tenidos por Marques ses de Villena, y Duques de Escalona, sin acordarse los que los trataren, y nombraren del estado de Moya, ni del nombre, ni de los apellidos de Cabrera, y Bobadilla, teniendo por tan proprio, y natural el de Pacheco, heredado de sus padres, y abuelos, y ascendientes, fundadores de tan ilustres Casas, y Estados; que fue à lo que principalmente atendiò el fundador para impedir el concurso de dos Estados; porque la confusion verdadera, y de la que sintiò, fue, la que se llegasse à hazer en vn mismo supuesto, no quando se quedassẽ diuididos, teniendo la muger que se casa con quien tuuiesse otro Estado el suyo, conseruando el nombre de Marquesa de Moya, como le conseruaron las Marquesas Doña Luisa deCabrera, y Doña Luisa Bernarda, *l. cum secundum, C. de fideicõmiss. quæ summat*, Bald. *dicens, ex conflictu personarum nascitur confusio, secus si non est conflictus, l. in imponenda, ff. ad leg. falcid. l. debitor, ff. ad Trebelian. l. si debitori creditor, ff. de fideius.* Vbi quando datur actio, & passio in eodem subiecto dicitur confusio, secus si essent personæ diuersæ, quia tunc cessaret ex prædictis legibus; nam quamvis mulier transit in familiam viri, no pierde la familia de su padre, vt optimè declarat Bart. *in fin. §. penult. ff. ad municipalem*, Felinus *in cap. nouit de iudicijs, col.* 1. Decius *in l. fœminæ, ff. de reg. iur.* Alex. *in l. cum quadam puella, ff. de iurisdict. omn. iud.* Idem Decius *cons.* 123 *n.* 4. Corneus *cons.* 177 *col. fin.*

fin.volum.4.& ideo bonā prohibita alienari extra familiam, non prohibentur alienari in filiam nuptam, vt concludit Alex.*conſ.*56.*col.penult.vol.* 1.*&* *conſ.* 20.*in fine,vol.*2.*&* *conſ.*101.*vol.*3.Socinus*conſ.*227. *col.* 9.

49 Con que ſe reſponde al exemplar,que ſe pone en el *num.*37.para excluir el fundamento de la cõfuſion, que prohibiò el fundador,aunque fueſſe temporal,diziendo:que ſi vno ſe caſa con muger,que tēga algun Reyno, ò otro Señorio, paſſa al marido el Reyno, y la adminiſtracion dèl, ad quod adducitur, *l.*9.*tit.*1.*part.* 2. donde refiriendo quatro maneras, por donde vno puede ſer Rey, dize, *que es la tercera por caſamiento, quando alguno caſa con dueña que es heredera del Reyno, que maguer el no venga de linage de Reyes, puedeſe llamar Rey deſpues que caſare cõ ella,* & inferius, ibi: *Onde ſi lo ganan los Reyes en alguna de las maneras que de ſuſo diximos, ſon dichos verdaderamente Reyes, y deben otroſi guardar la pro comũnal del Reyno.*

50 Porque la ley de la Partida, y los caſos que ſe refieren del caſamiento de Doña Elvira, poſtrera Condeſa de Caſtilla,con don Sancho el Mayor, Rey de Nauarra, ſon fundamentos de la juſticia de Doña Franciſca Antonia; porque aunque el que ſe caſa con Reyna,ſe llame Rey, no ſe conſerua en èl el Reyno, ſino en la Reyna, cuyo es, vt in terminis ait Bald.*in cap. ſignificauit,de reſcriptis,* ni la ley de la Partida dize lo contrario; porque el intitularſe Rey, el que ſe caſa con Reyna, no es porque ſe cauſe confuſion, ſino por la autoridad, y decencia; porque intitulandoſe ella Reyna, no ſe auia de nõbrar el marido como particular. Sic ſimiliter, caſandoſe qualquiera ſuceſſora deſte eſtado, con Señor que tenga, ò no tenga otro ſiempre conſeruarà el nombre de Marqueſa

de

de Moya, y la memõria del fundador, y los apellidos, y armas de Cabrera, y Bobadilla, sin ofensa de la voluntad del fundador, con que vienẽ à ser agenos deste caso los exẽplares, vt alias ait Cõsultus *in l. æquissimũ, §. si primus, ff. de bonorum possessionibus*, ibi: *Nec sibi iungentur, cũ ad suã quisque causam sustitutus sit, &* *in l. ex facto, §. item quæro, ff. de vulgari*, ibi: *Et magis est tempus in vtroque separatim seruare, nam singulæ res suam causam habebunt, l. rerum mixtura, ff. de vsucapionibus.*

68 Ni obstarà, si en contrario se replicare, que esta consideracion cessa en la junta que permitiò en el hijo varon de la muger, que casasse con quien tuuiesse otro estado, aunque tuuiesse hermana, que fue el caso que se determinò por la executoria.

69 Porque se responde, que en la clausula de la incompatibilidad en que el fundador puso las limitaciones de la disposicion vniuersal del mayorazgo regular, que auia fundado, para que quando llegasse el caso, fuesse irregular; vsò de diferente forma de llamamiẽtos, poniẽdo por regla, *q̃ su mayorazgo no viniesse al hijo mayor, q̃ huuiesse de heredar el estado de su padre*: y por causa final, *q̃ no se confundiesse con èl*: Y en la misma clausula puso las limitaciones desta regla, diziendo: *Que si la tal muger, sucessora deste estado, que huuiesse casado con quien tuuiesse otro, dexasse dos hijos varones, sucediesse el segundo, è no pudiesse venir al mayor*, hablando de la sucesion de los hijos varones inmediatos; en los quales quiso, que auiendo varon segundo, sucediessen èl, y sus descendientes, con exclusion del primero, y de los suyos: y no auiẽdole, sucediesse el varon, aunque tuuiesse hermana, dispẽsando en este grado, que el hijo varon de la sucessora, tuuiesse ambos mayorazgos, el de su padre, y el suyo, con prelacion à las hembras.

Pe-

70 Pero quando llegò al segundo grado de la sucessiõ del hijo varon, de quiẽ acabaua de hablar, dixo, formando otro genero de sustituciones: *Que si la tal muger sòlamente huuiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho Mayorazgo, è lo tenga, è lo possea en su vida: pero despues de sus dias, que lo aya, y herede el segundo hijo varon suyo de aquel hijo legitimo, è natural, ò hija en defecto de hijo varon, è sus descendientes legitimos naturales, segun la orden, y regla de suso contenida en este dicho mi mayorazgo.* De manera, que en este grado, à falta de hijo segundo varon, quiso que sucediesse la hija de aquel varon, dispensando en exclusion del varon desta descendẽcia, que huuiesse de suceder, ò huuiesse sucedido en el estado de su padre, abuelo, ò bisabuelo, à quien tuuo por excluido, y no llamado, tanquam si non esset in rerum natura; porque las hembras, solo estàn impedidas de suceder en caso que aya varon segundo, ò hijo varon solo, inmediato à la misma sucessora, que por su muerte pueda entrar a vn tiempo en el mayorazgo de su padre, y en el de su madre.

72 Ex quo sequitur, quod secundum seriem dispositionis, quitado el impedimento, no auiendo varon segundo, ni primero del Conde de Santisteuan, que murio sin sucesion, entra Doña Francisca Antonia, como hija segunda, descendiẽte de la que quedò suspendida por el hermano varon, hijo de la muger que llegò à suceder; porque en defecto de varon segundo, entra la hija, y sus descendientes, *segun la orden. y regla contenida en esta disposicion*, *quedando vn mayorazgo regular, hasta que llegue otro caso de incõpatibilidad, l. post. legatum, §. amittere, ff. de his quib. vt in dign. l. iure, ff. de legat. 3. l. fin. C. de indict. Viduitat. tollend. l. alteri, & l. filio, §. matre, ff. de adimend. leg.* Bart. *in l. 2. §. videndum, ff. ad* Tertulian. *& in l. 2. §.*

sed

ſed ſi ſint ſui, ff. eodem tit. Bald. *in l. ſed ſi quis, num. 6. C. de ſecundis nuptijs*, Curtius Iunior *in tract. feudor. 3. part. in princip. n. 32.* Bald. *in l. cum antiquiorib. C. de iure deliberan.*

73 La ponderacion que ſe haze en el num. 38. diziendo, que entre las hembras no conſiderò el fundador prelacion de la ſegunda, contra la primera, para eſcuſar la junta de ſu mayorazgo con otro, ſino q̃ antes permitiò que la mayor ſe prefirieſſe, aunque ſe caſaſſe con perſona que tuuieſſe otro mayorazgo; porque conſiderò, que auiẽdo de venir à muger, por falta de varon: de la miſma manera que ſe confundia y perdia ſu nombre, y familia en la mayor, ſe confundia, y perdia en la ſegunda.

74 Es indigna de repreſentarſe por fundamento de la juſticia del Duque; cum potius vrgeat in fauorem huius partis. Lo primero, porque el preferir à la hembra mayor, no auiendo hijo varon, fue por la diſpoſicion legal, y por el orden de ſuceder en vn mayorazgo regular; pues fuera abſurdo, que no auiendo varon, y no teniendo la hija mayor impedimento alguno, ni mayorazgo, ni eſtado que pudieſſe obrar la confuſsion, que prohibiò ſucedieſſe la hija ſegunda en excluſion de la primera; porque en ella conſiderò, que aunque ſe caſaſſe con ſeñor, que tuuieſſe otro eſtado, ſiempre ſe quedava Marqueſa de Moya, y no auia confuſion de eſtados, *vt ſupra diximus n.* 60. haſta que llegaſſe el caſo de la incompatibilidad, en la ſuceſsion de los hijos inmediatos, y de los nietos deſtos hijos, en que diſpuſo la ſuſtitucion de las hembras, à falta de hijo ſegundo varon: porque el primero auia de ſuceder en el eſtado, y mayorazgo de ſu padre; y contra diſpoſiciones tan claras, quiere el Duque de Eſcalona entrar en eſta ſuceſsion, ſuſtituyendo al Conde de Santiſteuan ſu hijo, en quien ſe

acabò la linea del quinto Marques de Moya, y que buelua à la del Duque Don Iuan Fernandez Pacheco, su padre, que quedò postergada, y excluida, por ser el hijo mayor, que sucedio en los estados de Villena, y Escalona, vt plenè diximus *in prim. alleg. nu. 60. & 6.*

75 Lo segũdo, que si sucediesse el caso de quedar hembra, que huuiesse de tener dos estados, y esta tuuiesse hermana segunda, no puede auer duda, que lo dispuesto en dos hijos varones, avria lugar en dos hijas hembras para suceder la mayor en el estado de su padre, y la menor en el de Moya; porque no se cõfundiesse su mayorazgo con otro: y de lo contrario, se siguirian ineuitables absurdos, que fuesse de mejor condicion la hija mayor, teniendo hermana, que el hijo mayor varon, teniendo hermano varon, si las clausulas se huuiessen de restringir, à solo el caso de quedar dos hermanos varones, auiendo sido solo el intento desta disposicion prohibir la confusion, y jũta deste estado, permitiendola solo en caso de quedar hijo varon inmediato de la sucessora, para que en todos los demas se hiziesse la diuision, ò en varon, si huviesse hijo segundo, ò en hembra, à falta dèl, *vt in prima allegat. num. 66. cum seqq.*

76 En los numeros 39. 40. y 41. se buelue à refricar la cosa juzgada del primer pleito, entre D. Iuana Pacheco, y su hermano: y se dize, que todo quanto aora fundamos, quedò vencido; y que la executoria fue Real.

77 A que està respondido plenamẽte en el discurso del primer Articulo de la primera alegacion, præcipuè à num. 26. vsque ad 33. donde fundamos la diferencia que ay de prouocar al juizio, como prouocò D. Iuana Pacheco, ò de ser prouocado para q̃ no obre cosa juzgada contra los sucessores que no liti-

litigaron, aunque sean descendientes del que prouocò, y fue vencido, quibus addimus Socin. Senior *in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liber. & posth.* vbi in puncto ait: *Aliquando sumus in actu iudiciali, & necessario, quia agitur contra aliquem cuius principaliter interest, & sic si agitur contra hæredem, non est necessaria citatio substituti, l. 1. §. denunciari, ff. de ventre inspiciend. aliquando sumus in actu, qui voluntariè celebratur in præiudicium tertij, & tunc ille tertius est citandus, vt actus sibi præiudicet.* Y en esta doctrina de Socino, se han de considerar dos cosas singulares.

78 La primera, que no se contentò con que el acto fuesse judicial, sino que añadio, *necessario*, para significar, que en la questiõ mouida, por preuenciõ anticipada, y voluntad propria, no ha lugar el §. *denunciari.*

79 La segunda, que ningun acto voluntario, aunque le haga el que piensa que es sucessor actual, no siendolo puede perjudicar al tercero, que ha de suceder por su mismo derecho, y llamamiento, vt agnoscit Aretin. *in §. item si in iudicio, nu. 28. inst. de except.* egregiè Tiraq. *de nobilit. cap. 38. num. 13.* vbi postquam *à num. 2. vsque ad 11.* cumulauit casus, & requisita ex quibus res iudicata in persona principali omnibus prodesse, & nocere solet, subscribit: *Septimò intellige, vt etiam procedat, si lata est sentẽtia aduersus inuitum, vt iudicium reddi solet in inuitum, ex iuribus vulgatis secus, si aduersus volentem, & consentientem.*

80 En el *num.* 42. se dize, que por la clausula de la incompatibilidad, ni està llamada à Doña Francisca Antonia, ni excluido el Duque; porque todas ellas hazen vna disposicion indiuidua, tal, que ninguna parte de porsi, quitada de su todo, haze oracion, ni di-

vision perfecta: y que de toda junta, se ha de sacar la voluntad del fundador, sin separarse la dicciõ, y clausula, *y no venga, ni pueda venir al hijo menor* de las demas que se siguen; porque no hazẽ diuersa oraciõ, y solo siruen de explicar la razon de lo dispuesto entre los dos varones, de que se infiere en los numeros 43. y 44. que todas las palabras desta clausula son cõdicionales, y dependientes de las palabras: *Si huuiere dos hijos varones*, mayormente disponiendo para el tiempo futuro; por lo qual el hijo mayor no està excluìdo, sino en el caso de la condicion, auiendo hijo segundo.

81 A que se responde. Lo primero, que este presupuesto no se ajusta à lo preuenido, y determinado por la clausula de la incompatibilidad, que tiene diferentes oraciones, cada vna en si perfecta, y formada para diferentes efectos. En la primera dize el fundador: *Que auiendose de fundar dos mayorazgos, venga el de Moya al hijo segundo, y à sus descendientes, por la orden, y regla, que susodicha es*; que es oracion, y disposicion perfecta, que consta de todas sus partes: y si fuera su voluntad, que fuesse condicional esta disposicion, para quitarle la sucession al hijo primero, solo en caso que huuiesse segundo, no era necessario passar adelante; porque con la inclusion del vno, se entendia hecha la exclusion del otro, iuxta text. in *l. pater filium, §. filiam suam, & l. vxorem, §. hæres, & l. fideicommissa, §. interdum, ff. de leg.* 3.

82 Mas por auer sido su volũtad el euitar qualquier caso en que pudiesse suceder la confusion; y q̃ no se entendiesse, que esta clausula era condicional para solo aquel caso, passò adelante, y puso por regla vniuersal, y por causa final, en otra oracion perfecta, y absoluta: *E no venga, ni pueda venir al hijo mayor; porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre, y*

no

no se confunda este dicho mayorazgo con el suyo; que es el caso que aora ha sucedido, y se ha de determinar.

83 Y en èl la diccion *Y* no haze oficio de copulatiua, estando entre oraciones diuersas, sino de distinctiua, para que como caso diferente se continue la disposicion, vt probat text. *in l. qui fundum la* 1. *ff. de cōtrah. empt. l.* Iulius Paulus, *& l. cum seruus, ff. de condit. & demonst. & ibi* Bart. *& in l. Seio*, §. *Gaio, ff. de fund. instruct. vbi communiter* Doct. Bald. *in l. fin. C. de sentent. & interlocut. omn. iudic.*

84 De que tambien se infiere la respuesta à lo q̄ se dize en los dichos numeros, que son palabras cōdicionales: *Si huuiere dos hijos varones*, y que no auiendo hijo segundo varon, no queda excluìdo el primero.

85 Porque siendo diferentes oraciones, aunque estèn continuadas la dicciō *Y* impide la repeticion de la qualidad, *l.* 3. §. *erit qua differentia*, vbi Bart. *ff. vi bonor. rapt. & in dict. l.* Iulius Paulus, *& l. cum seruus, & in dict.* §. *Gaio, num.* 2. *& in l. mulieri, &* Titio. *ff. de condit. & demonst. & in l. talis scriptura, ff. de leg.* 1. Bald. *cons.* 175. *vol.* 5. Angel. *cons.* 25. Alex. *cons.* 211. *num.* 8. *vol.* 2. Roman. *cons.* 48. Aret. *cons.* 116. Gozadin. *cons.* 104. *num.* 5.

86 Y de la inteligencia contraria se siguirian euidentes repugnancias.

87 Porque si huuiesse de quedar excluìdo el hijo varon mayor, que tuuiesse otro mayorazgo, solo en caso de auer hijo varon segundo, quedaria sin efecto los llamamientos de las hembras, que pueden tambien euitar la confusion, y fueron substituìdas para este efecto, à falta de hijo varon segundo, ibi: *O hija en defecto de hijo varon*: y en el llamamiento *de los descendientes*: y en aquellas palabras, *por la or-*

 den,

den,y regla,&c. Ex quo cessat qualitatum repetitio, *l. si quis à filio, l. seruo alieno, §. si ab impubere, ff. de leg.* 1. Decius *in cap. secundo requiris de appellation.* Gozadinus *con.* 88. *num.* 5. Romanus *cons.* 112.

88 Lo segundo se responde, que considerada toda la clausula de la incompatibilidad por vna cosa, sin separar las partes de su todo, como en contrario se dize, es mas clara la justicia de Doña Francisca Antonia, entendida con mas legitima, y propria aplicacion; porque todo el contexto della mira, à que el estado de Moya no se jũte, ni agregue à otro, cõ quiẽ se pueda confundir la memoria del fundador: y si se imaginassen casos en que poder verificarse la auersiõ que el fundador tuuo à esta junta, y confusion, entẽdiendo, que con ella se auia de perder el lustre de su casa, y los apellidos de Bobadilla, y Cabrera, no podia ser ninguno, como el desta vacante, si huuiesse de entrar en la sucesion el Duque de Escalona, Marques de Villena, auiendo muerto el Cõde de Santisteuan sin sucession, estando posseyendo su padre tan grandes casas, y estados, pœnitus enim extingueretur tanti fundatoris, & illustrium cognominum suorum memoria, que fue la causa final de la exclusion del varon, que tuuiesse otro estado, exceptuando solo à los varones, hijos inmediatos de la sucessora, para que à vn mismo tiempo sucediesse en ambos estados, *vt diximus suprà, & in prim. alleg.*

89 Quibus addimus, que siendo esta la razon, y causa final de la disposicion, es conclusion indubitable, que esta razon, y causa es la misma ley, y la misma disposicion, y la regla vniuersal desta exclusion, *l. in his, l. scire leges, l. ius singulare, ff. de legibus*, Bald. *in l. si quis seruo, C. de furtis*, vbi, *quod ratio dicitur anima dispositionis, quæ potius attendi debet, quàm verba*, quem sequitur Iason *in l. qui quadringenta, num.* 3 *ff.*

ff. ad Trebellianum, & sicut dispositio disponit in his, in quibus expressè loquitur, ita ratio dispositionis pariter dispositionem inducit, vt ait ipse Bald. *in cap. dilectus filius, col. 1. de rescriptis*, porque la ley, y disposicion general, es todo aquello en que consiste la razon della, *gloss. in cap. consuetudo 2. distinct.* quam ad propositum notat Abbas *in cap. nulla ratio, de prebendis*. Immò omne quod in ratione comprehenditur, non per extensionem protrahitur, sed eadem lege dispositionis deciditur, *gloss. in cap. postquam, verbo mente de electione lib. 6.* & sicut legis dispositio omnes casus etiam non expressos tanquam regula comprehendit, ita ratio generalis, finalis, & expressa omnes casus etiam, non expressos expresse determinat, vt notat Bald. *in auth. post fratres, C. de legitimis hæredibus, & in auth. quas actiones, col. 2. vers. Sed ego dico, C. de Sacrosanct. Eccles.* Paul. *cons. 332. vol. 1.* & ex tali ratione in dispositione expressa infertur ad omnes casus, & personas in dispositione, non nominatas etiã in materia correctoria, Bald. *in l. quod vero contra, ff. de legibus*, Alberic. *in auth. itaque, C. communia de successionibus*, Salicetus *in l. 1. C. de adulter.* Alex. *in l. cũ mulier, ff. soluto matrimonio*, quas conclusiones cõprobant Angel. *cons. 221. col. 1. & cons. 104. & 105.* Alex. *cons. 20. vol. 4. & cons. 101. col. penult. vol. 3.* Decius *cons. 545. num. 6.* Ruinus *cons. 139. vol. 3.* Iason *cons. 140. vol. 2.* Gozadinus *cons. 1. num. 6.*

90 En los numeros 43. y 44. se haze grande esfuerço en fundar, que todas las palabras de la clausula de la incompatibilidad, son tambien condicionales, y dependientes de las que estan puestas al principio: *Si huuiere dos hijos varones*; y prosiguiendo el mismo intento, se dize, que hazen toda la oracion, y disposicion condicional, assi por la calidad de la dicciõ *Si*, como por tener la relacion in futurum, & quia habent se adesse, & non esse.

Aqui

91 Aqui se responde. Lo primero, con lo que està fundado, que estas palabras disponen la sucesion de los hijos inmediatos de la sucessora, para en caso que queden dos varones.

92 Lo segundo, con lo que en contrario se dize en el numero 45. que la diccion *Si*, no siempre induze condicion sæpius enim (como en el caso presente) induze proposicion de lo que se ha de determinar, y tratar, *l. si hæredes, ff. de leg.* 1, *l. si Pater, ff. de suis & legit. hæred.* en contrario alegadas, & faciunt, *l. plane, §. quod si rem, & l. Titiæ Textores, ff. de legat.* 1. Y la forma que se puso en esta clausula, està mostrando, que en ella empeçò el fundador à determinar la contingencia de los casos que podian suceder, haziẽdo diuision de vnos, y otros: y no para hazer la disposicion condicional, como se verifica, y prueba por las demas clausulas desta fundacion, en que se halla la misma diccion, vsando della, proponiendo, y no condicionãdo, como quando dixo: *Y si fueren dos personas de vn vientre, preceda el varon à la hembra* (de quo suprà) pues es cierto, que la precediera, aunque no nacieran juntos; y quando dixo: si ganare alguno legitimacion, & ibi: *Si huuiere algun hijo natural*, & ibi: *Y si fuere loco, ò furioso*, & sic de cæteris. De manera, que en todos quantos casos ordenò, y determinò, vsò del mesmo termino, y diccion, que es el modo mas cierto para interpretar la voluntad de los testadores, por las mismas clausulas de sus disposiciones, *l. in conditionibus, §. 1. ff. de condition. & demonst.* cum vulgaribus: y en esta fundacion, corre esta conclusion, y regla sin controuersia, por la clausula de la semejança: *Que las dudas que se ofreciessen en qualesquier clausulas de la escritura, se determinassen por las demas partes della.* Vt in prima allegatione à n. 56.

93 Lo tercero, que el disponer, q̃ sucediesse el hijo

se-

ſegundo varon inmediato de la ſucceſſora, no fue per modum conditionis, ſino expreſſando la cauſa de la excluſion del mayor, diziendo: *Que no venga, ni pueda venir ſu mayorazgo al hijo mayor; porque aquel aya el mayorazgo de ſu padre, y porque no ſe confunda cō el ſuyo*, para que en todos los caſos que ſucedieſſen, en que pudieſſe juntarſe el eſtado de Moya, cō otro que pudieſſe confundir la memoria de los apellidos de Bobadilla, y Cabrera, ſe hizieſſe la diuiſion, ſin atē-cion à que fueſſe varō, ò hembra el ſuceſſor en todos los demas grados de los deſcendientes, quod mire comprobatur in conuencibili argumento; porque para que la diccion *Si* haga condicion, ha de reſultar della argumento à contrario ſenſu, *l. 1. §. eius, ff. de offic. eius cui mādata eſt iuriſdict. gloſſ. in l. 1. §. apud ſeruum, ff. de aqua pluuia arcend.* Bart. *in l. conuenticula, C. de Epiſc. & Clericis*, & communiter DD. *l. inter ſtipulantem, §. ſacram de verbor. oblig.* y no reſultando preciſamente argumento en el ſentido contrario, no induze condicion: y ſe interpreta, pro *quando*, ò *quāuis*, ò *en tal caſo*, ò en la forma que mas ſe compadezca con la diſpoſicion: y ſi para auerſe de hazer la diuiſion deſte eſtado, conſiderando condicional eſta clauſula, y pueſta en la calidad de la varonia, el ſentido auia de ſer, que ſi huuieſſe dos hijos varones, aya el mayorazgo de Moya el hijo ſegundo, ſino los huuieſſe, à contrario ſenſu, quedando dos hembras, no ſe haria la diuiſion, ſino q̄ ſucederia la mayor en dos, ò en mas eſtados, quedando excluìda la ſegunda del de Moya, quòd quam abſurdum eſſet intelligere ſatis, vt ſupra oſtendimus.

94 Pero quādo ſin perjuizio del verdadero ſentido, y inteligēcia deſta clauſula la decciō *Si* ſe huuiera pueſto condicionalmente, ò ſimple, ò duplicada, & etiam collata in futurū euētum, como ſe dize en cō-

trario en los numeros 46. y 47. (como si estas ponderaciones tuuieran alguna sustancia) se sigue luego la limitacion destas palabras, condicionales, ò dispositiuas, diziendo el fundador: *Pero si acaesciere, q̃ la tal muger solamẽte huuiere vn hijo varon, q̃ el tal hijo aya, y possea el dicho mayorazgo, è lo tenga, è possea en su vida: pero despues de sus dias, q̃ lo aya, y herede el segundo hijo varon suyo, ò hija en defecto de hijo varon, è sus descendientes, &c.*

95 Vnde, auiendo sucedido en este estado la Marquesa D. Luisa de Cabrera, y dexado por sus hijos legitimos al Duque D. Francisco Lopez Pacheco, y à D. Iuana de Cabrera, q̃ casò cõ el Conde de Miranda, por su muerte sucediò el Duque D. Francisco, como hijo varon inmediato: y por su muerte D. Francisco Pacheco su hijo segundo, excluyẽdo al Duque D. Iuã Fernandez Pacheco, padre del Duque, q̃ oy litiga: y por muerte del Marques D. Frãcisco, sucediò la Marquesa D. Luisa Bernarda Cabrera, que fue hija vnica, que casò con èl, siendo su primo hermano, y tuuieron por su hijo al Conde de Santisteuan, q̃ sucediò à su madre, por ser varon, y vnico, y hallarse desembaraçado de otra sucessiõ: y si huuiera sobreuiuido à su padre, pudiera tener por su vida todos estos estados, por no estar prohibida la junta del de Moya, cõ otro en el hijo varon inmediato de la sucessora: y auiendo muerto sin sucession, se traspassò la possession deste estado en D. Francisca Antonia, como hija segunda de la linea de Doña Iuana Pacheco, que quedò suspendida, por las palabras tan repetidas de la clausula: *O hija en defecto de varon*, sin que pueda el Duque de Escalona substituir à su hijo, como nieto, y descendiẽte de la linea del Duque D. Frãcisco Lopez Pacheco su abuelo, hijo de don Iuan Fernãdez Pacheco, à quiẽ excluyò desta sucession el Marques D. Francisco Pacheco su hermano; porque el padre en llamamiẽtos

de

de hijos, y descendiẽtes, no sucede al hijo, sino el trãsuersal mas proximo de otra linea, sin poder boluer la sucesion al descendiente que quedò excluido, vt in terminis tenet Oracio Barbato, *de fideicommiss. p.2.c.4.inspect.4.n.73.* alegado en nuestra primera informacion, *n.70.* à que añadimos, quòd vocatio filiorũ est personalis, etiamsi vocentur appellatiuo nomine, vt per text. *in l. Titius, ff. de liber. & posth.* tenet idem Barbat. *in propugnaculo veritatis, c.4.n.5.& c.1.n.7.* que està impresso despues del tratado de fideicomm. post Bart. *in l. Titius, ff. de liber. & posth.* y en los mayorazgos, como en los feudos, no sucede el padre al hijo: porque la sucesion mira à la linea de los descẽdientes, y no buelue atràs, para que suceda el padre, vt tenet post alios, Matienç. *in l.5.tit.8.gloss.3.n.11.lib.5.Recop.* ibi: *Fallit regula hæc in feudo emphiteusi, & maioratu, in quibus non succedunt ascendentes secũdũ* Bald. *in auth. defuncto, C. ad Tertul.* & Greg. Lop. *in l.4.gloss.1.tit.13.part.6. quia feudum, & maioratus respiciunt lineam descendentium, vt idem* Greg. *asseuerat, quod addere poteris ad tradita per* D. Couar. *lib.3.resolut.c.1.* Azeued. *in d.l.1.n.61.& 62.* & probatur *in c.1.in princip.* vbi Præpositus, *de natura success. feudi*, Afflictis, & Casaneus, *quos refert, & sequitur*, Rojas *de successionibus, c.30.num.41.* Idem tenet in simili Bald. *cõs.448.cõcessa est vol.3.* vbi ait: *Quod in numero generationis non computetur persona partis, sed stirps, quia nõ est generatio, sed causa generationis*, Cãstrẽs. *in l. maritus, C. de procurat.* quẽ sequitur Alex. *in l. Gallus, §. nunc de lege, ff. de liberis, & posth. & cons. 43.col.2.vol.3.& cõs.53.vol.6.* vbi ait: *Quod linea Bartholomæi incipit in Gabriele illius filio, & ideo nõ reddit ad patrẽ*, eleganter Alciat. *reponsꝰ. 494. col. 2.* vbi ait: *Quod aliud est Dionisius, aliud linea masculina Dionisij, sicut aliud est stipes, aliud rami stipitis, aliud genitor, aliud generatũ, arg. c. fi. de institutionib.* y aconsejando

en

en el mismo caso Ruino *cos.4.n.3.vol.3*. Paul. Paris. *cons.74.col.1.vol.3*. inferēs ad determinationē huius litis: *Quod ex quo pia causa substituta fuit defficiente linea masculina Dionisij, in qua ipse non continetur ipsi Dionisio, non dicitur substituta, eo quae moriente pupilo, & sic sine filijs talis casus dicitur omissus à testatore, remanetque sub dispositione iuris communis, l. commodissime, ff. de liber. & posth. l. si extraneus, ff. de cōdit. ob caus. succeditq; veniens abintestato proximior*, como si dixera, q̄ estando substituido el hijo, ù nieto varon de la Marquesa D. Luisa Bernarda; y por su muerte el hijo segundo varon deste hijo, ò la hija, en defecto de varō, auiēdo muerto el Cōde de Sātisteuan sin hijos, in pupilari ætate, no le puede suceder el Duque de Escalona su padre, q̄ no le està subtituido, sino D. Frācisca Antonia, como hija segunda de la linea de D. Iuana Pacheco; porque en defecto de varon segundo desta linea, ha de entrar la hembra, assi por no poder el padre sustituir al hijo, como porque el Duque està impedido con los mayorazgos, y estados q̄ possee, & cēsendus est tanquam mortuus, para entrar en esta succession, Riminal. Iun. *cons. 117. n. 27. vol. 2.* dōde cōcluye *n. 28. & 29.* q̄ era sucessora en el caso, de que se trataua en aquel Consejo, la hermana del que muriò sin hijos; porq̄ el q̄ consideraua subtituto, estaua impedido de poder cumplir con la voluntad del testador: y à ningū caso se puedē ajustar estas dotrinas, q̄ al presente; porq̄ el Duque, no solo no es medio para escusar la cōfusiō q̄ tanto afectò el fundador deste estado, sino q̄ fuera el sujeto principal, q̄ la causarà, y siendo cōtraria esta pretēsion à la causa final, y razō en q̄ se fundò la clausula de la incōpatibilad, la calidad de varō, puesta en la institucion, no se puede tener por repetida en la substituciō, vt notat Ias. *per illū text. in l. licet Imperat. ff. de leg. 1. l. quemadmodū, §. hæc verba, ff. ad leg. Aquil. & in l. fi. §. Sæio, ff. de leg. 2.* Bart. *in l. in*

re-

repetẽdis,ff.de leg. 3. mayormẽte quãdo ha de ser per viã reuersionis,porq̃ la sucessiõ no ha de boluer atras, para q̃ suceda elq̃ no se puede considerar nacido para ella por el impedimento, vt diximus in prima allegat. per tex. singular. *in auth. de hæredib. & falcid. inordinatũ, collat.* 1. cum alijs iuribus.

96 Y porq̃ al hijo varon segundo no le està subsstituido el mayor,sino la hija.

97 Con que se responde à lo que se dize en el *nu.* 50. que no auiendo varon segundo, en quiẽ verificarse la condicion,no solo no esta excluido el primero, sino admitido, y llamado expressamente, con prelacion a qualquier hembra; y que esto se verifica de las palabras de la misma clausula, ibi: *Pero si acaeciere, q̃ la tal muger solamente huuiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo*,ex regul.vulg. quod adeptum sub conditione, ea deficiente,videtur concessũ.

98 Porque en esta clausula,que se pondera en fauor del Duque,cõsiste vno delos principales fundamẽtos de la justicia de doña Francisca Antonia ponderada la fuerça de las clausulas antecedentes de la incõpatibilidad; porque auiendo propuesto,y determinado el caso de quedar dos hijos inmediatos varones de la sucessora,que casasse con quien tuuiesse otro estado,para que sucediesse el segundo, con exclusion del primero,prohibiendo absolutamente con dos negatiuas, *que no venga, ni pueda venir el Estado de Moya al hijo mayor,porque aquel aya,y herede el mayorazgo de su padre; y no se confunda este mayorazgo cõ el suyo*: pone la excepcion,y limitacion desta regla en la clausula repetida,diziendo: *Pero si acaeciere,que la tal muger solamente huuiere vn hijo varon,que el tal hijo aya el dicho mayorazgo,e lo tenga,e possea en su vida*, como sucedio en el caso de la executoria,que por no auer quedado mas hijo varon de D. Luisa de Cabrera, que el

Duque don Francisco Lopez Pacheco excluyò a D. Iuana, y siendo Duque de Escalona, fue tambien Marques de Moya; pero despues de sus dias (prosigue la clausula desta limitacion) *que lo aya, y herede el segundo hijo varon suyo legitimo, e natural, o hija en defeto de hijo varon, e sus descendientes legitimos, e naturales, segũ la orden, y regla de suso contenida en este mayorazgo.*

99 Veamos pues quo iure, auiendo muerto el Cõde de Santisteuan sin hijos, ni descendientes, por dõde se puede introduzir en està sucession el Duque de Escalona? que no solo no està substituido a su hijo, sino excluido, como si no fuera de la descendencia del fundador? porque el substituto es el hijo segundo de la descendencia de D. Iuana Pacheco, ò la hija en defeto de hijo varon, que es quien puede euitar la confusion destos Estados.

100 Sin que se pueda dudar, que en la clausula, q̃ vamos ponderando, puso el fundador la limitacion, y excepcion de la clausula antecedente: nam exceptio illa dicitur, quæ specialiter disponit aduersus regulam generalem, *l. cum Prætor. ff. de iudic. l. vxorem, §. felicissimo, de legat. 3. l. sed si sine, §. sed quod Papinianus, ff. de minorib. l. maritus, C. de procuratorib. & cap. qui ad agendum, eod. tit. lib. 6.* nam dictio *Pero*, latine *Verũ*, de su propia naturaleça es exceptiua, y limita las reglas, y disposiciones que la precediere, *cap. verum, iuncto cap. 1. de conuers. coniugat. cap. verum, iuncto cap. ex transmissa, de for. compet. cap. verum, & cap. de illis, de condit. opposit. l. transigere, C. de transact.* quam ad propositum notat Bart. *in l. hoc amplius, §. de his autem, n. 1. ff. de damn. infect. l. si ex legati causa, iuncta l. sequẽti, ff. de verb. signific.*

101 Y en esta fundacion corren estas conclusiones sin dificultad, porque en todos los casos, en que el fundador quiso poner excepciones a los llamamientos,

tos, y disposiciones, que auia hecho vso de la diccion *Pero*, como en esta misma clausula, que para euitar la prohibicion de la confusion, dize: *Pero despues de sus dias*. Y en la clausula, donde por especial dispensaciō admite los hijos del furioso contra la regla del *cap. 1. de nat. succes. feud.* dixo: *Pero si acaeciere*. Y en la clausula, que trata dela persona, que por delito auia de perder sus bienes, vsò de la misma diccion; y siēdo exceptiua, y limitatiua en tantas partes, no puede recibir otra interpretacion: nam vna pars scripturæ per aliam declaratur dict. *l. si seruus plurium, & l. qui filiabus, de leg. 1. l. vtrum, ff. de petit. hæredit. cum alijs, quæ congerit* Alex. *cons. 197. num. 7. vol. 6.* En los numeros siguientes hasta el *56.* se prosigue el mismo discurso delos hijos varones, en que no ay nada que obligue a mas respuesta de lo que està fundado.

102 Y en el *num. 57.* se dize, que mirada toda esta fundacion, se hallarà, que el testador vsò distinta y separadamente destos terminos, vsando de la palabra *hijos*, quando quiso significar varones: y de la palabra *hijas*, quando quiso significar hembras.

103 Y en esta misma consideracion funda tambien su justicia D. Francisca Antonia; porque auiendo querido dar llamamiento a las hijas del hijo inmediato de la sucessora, para que en defeto de no quedar hijo varon segundo, sucediesse, lo dixo por las palabras que estan repetidas; *ò hija, en defeto de hijo varō, y a sus descendientes*, en que està comprehendida, y llamada.

104 Sin que obste lo que se dize en el *num. 59.* q̄ esta hija lo auia de ser del hijo segundo; porque el fundador tuuo consideracion à la representacion de su padre, y que esta calidad falta en D. Francisca Antonia; porque en los descendientes hembras de D. Iuana Pacheco no ay varon q̄ poder representar, y entre ellas,

y la hembra descendiente del hijo segũdo, ay mucha diferẽcia, por ser aquella descendiente per fœmineum sexum, y esta per sexum virile, *ex glos. in l. Gallus, §. nunc, de lege Veleia. cum alijs iuribus.*

105 A que se responde, que esta ponderacion es de tan poca sustancia, que no necessitaua de mas respuesta, que las mismas alegaciones contrarias: porque quando el llamamiento no es de descendientes varones, ni de descendientes por linea de varon, sino que absolutamente (como en este caso) en defeto de hijo varon segundo del hijo varon de la sucessora, està llamada la hija, y sus descendientes, no ay diferencia, ni tiene mas priuilegio la hembra, que desciende de varon, que la que desciende de hembra, vt per *d. glos. in l. Gallus, §. nunc, de lege Velleia. ff. de liber. & posthum.* vbi Bart. & Paul. tenent communiter Scribentes, *& in l. cum ita, §. in fideicommisso, ff. de legat.* 2. Corneus *in l. cum acutissimi, C. de fideicom.* Doct. *in l. lege duodecim tabularum, C. de legitim. hæredib. & in §. item vetustas, inst. de hæreditate, quæ abintestat. deferũt.* Alex. *in l. venia, C. de in ius vocand. & in l. ex facto, §. fin. C. ad Trebelian. & cons.* 24. *num.* 11. *vol.* 5. Marsil. *singular.* 33. Fulgos. *cons.* 86. Socin. *cons.* 122. *volum.* 3 Goçadin. en contrario alegado, *cons.* 87. *num.* 7. Paul. Paris. *cons.* 47. *nu.* 41. *vol.* 3.

106 Porque quando no se trata de conseruacion de agnacion, no importa mas que el descendiente sea por varon, que por hembra, sino q̃ entra, y sucede qual quier genero de descendientes, sin priuilegio alguno, Anchar. *cons.* 339. Ias. *in l. sed si hoc, §. liberos, ff. de in ius vocand.* Bald. *communiter receptus in l.* 1. *ff. de Senator. & in dict. §. nunc, de lege Veleia.* Paris. *cons.* 62. *vol.* 3. Socin. *cons.* 31. *vol.* 1.

107 Y en esta clausula son estas dotrinas mas cõcluyentes; porque siendo el Duque de Escalona de la

fa-

familia de Pacheco, y no de la de Cabrera, por los Estados que tiene, de que era posseedor, quando sucedio esta vacante, no se puede llamar descendiente de varõ, ni de linea masculina, para suceder en este Estado; porque aunque es biznieto de la Marquesa D. Luisa de Cabrera, por la mezcla de los Estados, y del nombre, y armas de su padre, y Casa de Pacheco, tiene menos parte el nombre, y armas, y memoria de la casa de Moya, que D. Francisca Antonia, que sucediendo en ella, las podrà conseruar con los apellidos de Cabrera, y Bobadilla.

108 Sin que tampoco obste lo que se dize en el *num.* 60. q̃ en otras materias, y casos, consideran los Doctores diferencia entre la hija del hijo, y las demas hembras, vt in statuto, quod filius masculus excludat sororem: nam si talis masculus decedit relicta filia, talis filia excluderet amitam sororem patris sui, qui habet eandem prælationem, quam pater habebat; & in statuto excludẽte filiam dotatam à succesione, quod non cauetur exclusa neptis ex filio masculo, y en la sucesiõ de los mayorazgos, en que la nieta ex filio masculo excludit amitam sororem patris sui, & etiã alios descendentes masculos, y que oy es indubitable, *ex l.* 2. *tit.* 15. *par.* 2. De que infiere el Duque de Escalona, que aunque por las palabras desta clausula huuiesse dispuesto el fundador, q̃ en caso de auer dos hijos varones, se diuidiesse el mayorazgo en el hijo varon segundo, y en sus descendientes, aunque fuessen hembras, no se puede entender que quisiesse lo mismo, en caso de no auer quedado dos hijos varones, que diessẽ principio a la diuision, sino hembra, o descendientes della, como lo es D. Francisca Antonia.

109 A que se responde, que no siendo el Duque varon agnato desta descendencia, por ser, como es, bisnieto de la Marquesa D. Luisa de Cabrera, no se ajustã

à su pretension estas conclusiones, porque el derecho le reputa para preferirse a la hẽbra, q̃ no està excluida como si lo fuera, vt probant Socin. *cons.* 31. *nu.* 5. *vol.* 1. Paris. *cons.* 62. *in princ. vol.* 2. & Ias. & Scribentes *in dict.* §. *nunc de lege*, y los casos que se proponen en cõtrario, hablan en disposiciones de precisa masculinidad.

110 Pero en las que estan llamadas hembras, no tiene mas prerrogatiua, como està fundado, la hija del hijo, que la de la hija, y lo dispuesto en la vna, se entiẽde dispuesto sin diferencia ninguna en la otra; porque si de la Marquesa D. Luisa de Cabrera, ò de la Marquesa D. Luisa Bernarda quedarà vna hija sola, no ay duda, como està põderado, que sucediera en este Estado, aunque sucediera juntamente en otros: y dexando esta hija vn hijo solo varon, y vna hija, tampoco le puede auer, en q̃ se hiziera la diuision, teniendo su llamamiento à falta de hijo segundo varon. De que se sigue por necessaria consequencia (al suceder) la hẽbra nieta, ò bisnieta del segundo grado, no procede de ser hija de hijo, pues sucediera de la misma forma, siendo hija de hija, sino de estar llamada a falta de varon segundo.

111 Con que vienen à ser agenas destos llamamientos las alegaciones, y casos del estatuto, quòd filius masculus excludat sororem, en que la hija del hijo varon excluye a la tia hermana de su padre: & sic de cæteris, porque proceden, quando la hembra està inhabilitada para poder suceder en la misma disposicion: tunc enim, como aunq̃ no huuiesse nieta hija de hijo, o otra descendiente hẽbra, no auia de tener entrada ninguna, quando llega à este estado la sucession, acabados los varones en concurso de dos hembras, se prefiere la hija del varon vltimo posseedor, excluyendo a la tia hermana de su padre, por no auer varon que la ex-

clu-

cluya; y en este caso no sucede, por ser hija de varon, ni como hembra priuilegiada, sino representando el lugar de su padre , y no el sexo, q̃ no es representable, tanquam admissam,& non exclusam,Bart. *in l.1. §. si sit nepos,ff. de collatione dotis,& in l.1. § si sit filius,ff. de coniungendis,cum emancip. liberis eius*, per text. in *l. si auus,C. de liberis præteritis*, Alex. *in l. pactum, C. de collation. nu.7*. Ias. *in l. Gallus, §. & quid si tantum,ff. de liber. & posthum. num.59*. & quod ita sit intelligenda prædicta conclusio,tenent Paul. Castrens. post Bald. in *l. venia,C. de in ius vocando*, Curtius Senior *cons.63.n.14*. Cinus *in l.1. C. de adulter*. quia tunc illud ius excludendi filiam cõpetens ipsi patri, propter expressa dispositionis verba transmittitur in filiam,& alium quẽlibet descendentem, Socin. *cons.153. vol.1. per text. in l. videamus,ff. de negot. gest*.

112 Y como en esta fundacion no està excluida, ni inhabilitada la hembra,sino expressamente llamada,y admitida,y preferida en muchos casos a los varones;y particularmente al varon mayor , q̃ tenga otro mayorazgo,y al varon del grado mas remoto, y a sus tios,vt per seriem totius fundationis disponitur,no se ajustan,ni son a proposito las alegaciones de los estatutos,que hablan en tan diferentes casos, que no tienẽ semejança con este.

113 A lo que se dize en el *nu.61*. procurãdo dar salida a la clausula absoluta de la prohibiciõ, *que no vẽga, ni pueda venir al hijo mayor* ; està satisfecho plenamente en la primera informacion desde el *num.46. cum seqq.*

Y a lo q̃ se dize en el 62. que las palabras negatiuas solo tuuieron fuerça,estando puestas en disposiciõ negatiua,y no condicional como esta,se responde cõ lo que està fundado sup. num.92.

114 Y a lo q̃ se dize en los mumeros desde el 63.

hasta el 67. en satisfacion del fundamento de la causa final, en que se fundò la prohibicion, *porque este mayorazgo no se confunda con otro*, se responde con lo que està fundado *in prima allegatione a num. 74. cum seqq. vt sup. num.*

115 A lo que se dize en el *nu.* 68. y en el 69. que por la razon, o causa final solamente quiso el fundador prohibir, y estoruar la confusion perpetua deste mayorazgo con otro, y no la temporal, auiendola permitido en muchos casos.

116 Se responde con lo q̃ està fundado *in* 1. *allegat. à nu.* 74. *&* 84. que auiendo dispuesto el fundador por raçon, y causa final, que este mayorazgo no viniesse al hijo mayor sucessor de otro estado, porque no se confundiesse con el suyo: esta prohibicion se dirigio al mismo mayorazgo, y la hizo Real, o in rem scripta, quibus addimus *text. in l. fin. ff. de cõtrah. empt.* Paul. Castren. *conf.* 302. *nu.* 3. *vol.* 1. *& conf.* 402. *col.* 1. *vol.* 2. nam quamuis dispositio principalis, attẽtis verbis, & fine eorum esset temporalis, vel personalis attẽta tamen ratione dispositionis efficitur perpetua, & realis, Bart. *in l. pater, §. fundum, ff. de leg.* 3. Alex. *conf.* 59. *vol.* 3. Roman. *conf.* 497. Corneus *conf.* 38. *col.* 3. *volum.* 1.

117 Y siendo la disposicion desta calidad, vel realis, vel in rem scripta, no ay duda que constituye regla general, y ley vniuersal para todos los vsos que se pueden comprehender en ella, vt tenet Bart. quem sequuntur omnes *in l. filiusfamilias, §. Diui, ff. de leg.* 1. vbi ait: *Quod licet prohibitio alienationis fuerit concepta in persona filij, si est in rem scripta, extenditur ad nepotes, ad alias personas non nominatas, per text. in dict. l. fin. de contrahenda emptione, quem sequuntur Baldus in l. pretibus, C. de impuberum,* & Paul. *dict. conf.* 401. *num.* 1. *volum.* 2.

En

118 En el num. 70. y 71. se dize, que la razō de que este mayorazgo no se confunda con otro, bien considerada, solamente quadra, y concluye en el caso en que le puso el fundador, de quedar dos hijos varones de la muger, que casasse cō quien tuuiesse otro mayorazgo, y no en el de quedar vn solo varō, y vna, ò muchas hijas; porque en el varon segundo se halla la calidad de masculinidad que en el primero; y con ella aptitud para restaurar el daño, que por auer venido su mayorazgo à muger, se auia seguido al nombre, y memoria del fundador, y en el caso de la hija no se puede restaurar este daño.

119 A que se responde, que este discurso, y las razones con que se pretende esforçar, se oponen derechamente à toda la disposicion en que estàn llamadas las hembras à falta de hijo varon segundo, y sus hijos, y descendientes, en que tambien se comprehēden; porque el intento fue solo preuenir lo que ha sucedido en esta vacante, que su mayorazgo no viniesse al hijo mayor, que fuesse sucessor de otros estados.

120 Sin que obste el dezir, que hijo mayor varon se dize el que tiene segundo; y no quando es varon solo: porque en este caso no està prohibido el cōcurso de dos estados, aunque aya hembra que pueda euitar la confusion.

121 Porque aunq̄ la palabra, *hijo mayor* quadra al q̄ tiene hermano menor segundo, de la misma manera se llama mayor varon el que no le tiene, y es solo, vt *est textus formalis in cap. Ioseph. de verborū significat*. Y proximo se dize, quem nemo sequitur, *l. proximi appellatione, l. proximus, ff. de verbor. significat. & l. qui duos, ff. de rebus dubijs*, & ad propositum Anania *cons. 22.* & Iason *in l. qui filiabus, ff. de leg. 1.* y mas se prueba esta conclusion con el comun vso de hablar;

 que

que aunque no aya mas que vn hijo, se llama el mayorazgo, y el primogenito, aunque no tenga hermano segundo.

In quo sequitur, que en aquellas palabras que el fundador puso por regla: *E no venga, ni pueda venir al hijo mayor; porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre, y no se confunda este mayorazgo cō el suyo*, siempre tendrà exclusion perpetua el varon desta descendiencia, que fuere sucessor, y posseedor de otros estados para entrar la hembra, que puede euitar esta confusion, no siendo varon vnico hijo inmediato de la sucessora, que fue solo el caso en que permitiò la junta de dos estados, para que en todos los demas, y con mayor especialidad en el sucedido, en que el Duque se hallò posseedor de tan grādes casas, quando sucediò la vacante, no se pueda juntar el de Moya con ellos, por auer sido la prohibicion verdaderamecte Real; que no mirò tanto à las personas, como à los bienes; porque auiendo dispuesto, que no venga, ni pueda venir al hijo mayor, no tuuo por causa el fauor, honra, ni aprouechamiento del hijo segūdo, sino lo que luego se siguiò: *Porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre; y no se confunda este mayorazgo con el suyo*: y quando la razon de la prohibicion no mira à las personas principalmente, sino à los bienes, no se ha de tener mas atencion, que à euitar la junta de vn mayorazgo con otro, en todos los casos en que posiblemente se pudiere hazer, *l. fi. ff. de pactis inter emptorem, & venditorem*, quā ad hoc notat ibi Bald. post Bartol. *in l. 4. & in l. Paulo Sulimacho, §. 1. & l. cum quis decedens, §. 1. ff. de leg. 3. & in l. si seruus legatus, §. qui Margaritam, ff. de leg. 1. & in l. fideicommiss. §. interdum, ff. de leg. 3.* ibi: *Plerūq; autem intelligendum est priuati causa hoc fecisse, licet emolumentum publicano quæratur*, vt notat Paul. *in l.*

2. § *fin.* & *in l. Titio centum, ff. de cōditio.* & *demonstr.* Romanus *conf.* 404. & *Rubeus conf.* 20. *num.* 3.

123 En el numero 71. se dize, que ay gran diferencia, y dissimilitud en el caso de quedar dos varones, ò quedar varon, y hembra para averse de hazer la division por dos razones. La primera, porque debaxo de la palabra *Varon*, no se puede comprehēder *hembra*, etiam ex identitate rationis. Y la segunda, porque la prelacion que se dà al varon en la clausula, es correctoria de toda la disposicion precedente, en que en todos los casos le dio prelacion al varon mayor contra el segundo; y no se puede estender à otro caso.

124 A que se responde, en quanto à la razon primera, que en los llamamientos deste mayorazgo no entra esta question, ni en el caso desta vacante, la consideracion de la extension del varon à la hembra; porq̃ es vn mayorazgo irregular, en que suceden las hēbras, como los varones, en que es fuerça tener prelacion el varon primero al segundo, en todos los grados, hasta que llegue el caso de la incompatibilidad, en que se prohibiò la junta de dos estados, y se llama à la hembra hija del hijo inmediato de la sucessora, ò à otra hembra descendiente à falta del varon segundo, que es el caso que se ha de determinar.

125 Y en quanto à la razon segunda, se responde. Lo primero, que no estamos en terminos de disposicion correctoria, ni penal, que es el presupuesto que se haze, para acomodar las alegaciones, à que se aplican en contrario, sino de vna disposicion que cō-tiene diferentes casos, formados por el fundador, en fauor de su mayorazgo, para que no se junte, ni confunda su memoria con otro, en que no ay correcciō, ni pena, sino vna prudente disposicion, permitiendo solamente la junta en el varon vnico, hijo inmedia-

to

to de la sucessora, aunque quedasse hembra, para que en toda la demas descendencia, y en todos los demas casos sucediesse el varon segundo, y à falta dèl la hẽbra: y siendo disposicion Real, hecha en fauor de los bienes, la consideracion se ha de hazer al contrario, que no se ha de estender el poderse juntar el estado de Moya con otro, sino limitadamente en el caso de quedar varon de la sucessora, ò hembra, no auiendo varon, por las mismas alegaciones contrarias: y porque en los mayorazgos se consideran dos personas, la intelectual del mismo mayorazgo, y la persona propria del sucessor, ò posseedor, vt distinguit Marino Freccia *de subfeudis lib. 1. §. alia etiam nu. 22.* vbi ait: *Quod feudũ est homo mutus, cuius vigore quis agit, & excipit sententia, fertur feudo, & contra feudum, nam vicedu[...]um personarum fungitur propria, & intellectualis, & magis attenditur intellectualis, quàm propria, & lib. 2. §. sæpe fui interrogatus, num. 27.* subijciens: *Quod feudum magis conuenitur loquitur, & patitur feudo, fertur sententia, & contra feudum, neque enim refert, quæ sit imago, sed quæ sit substantia rei,* Bald. *cons. 13. n. 5. vol. 3. & in l. 2. n. 2. quibus res iudicata nõ nocet.* Y assi, todo lo que se dispone para su mayor firmeza, y lustre, viene à ser fauorable, y no correctorio, ni penal.

126 Lo segundo; porque caso negado, que esta disposicion, y fundacion de mayorazgo en la clausula de la incompatibilidad, se pudiera dezir que era correctoria, expressandose en ella la razon en que se funda, etiam in correctorijs datur extensio, *l. hic solis*, vbi Bald. en contrario alegado, *d. n. 72.*

127 Sin que obste lo que se dize en el mismo numero, satisfaciendo à esta conclusion, que esto se limita, quando juntamente con ser correctoria la disposicion especial, para lo qual se alega à Farinacio *in*

frag-

fragmentis, part. 1. verbo extension 77.

128 Nam fallitur quippe pars aduersa; porque tiene tanta fuerça expressarse la causa en que se funda la disposicion, que aunque sea correctoria, y juntamente penal, se estiende ex illius identitate, à todos los casos en que pueda verificarse, y auer lugar, como lo dixo el mismo Farinacio en el *numero siguiẽte*, que omitiò el Abogado del Duque; donde auiendo alegado los Autores que en contrario se alegan: *Subdit, quòd hæc conclusio indubitanter procedit, quando ratio non est scripta in lege, seu statuto, verum si ratio, sit scriptura expressa in dispositione, tunc ex identitate, vel maioritate rationis potest fieri extensio*, ex Villagut. *de extensione legum in Rubrica de extensione leg. corrector. & pœnalis, simul num. 36. & seqq. vsque ad num.* 42. reprobato Euerardo.

129 Lo tercero, que quando la razon, y causa de la disposicion es final, cessa toda controuersia, y duda, vt prosequitur Villagut. *num.* 43. *fol.* 37.

130 Lo quarto, que la controuersia desta conclusion podrà mouerse en la extension de la ley correctoria, ò de la correctoria, y penal juntamente, no en la disposicion de vn fundador de vn mayorazgo, en que su voluntad fue, que el sucessor le tuuiesse solo, porque no se confundiesse con otro, sino en el caso que expressa: y no auiendo puesto en èl diccion taxatiua, se ha de entender puesta la prohibicion de la junta en todos quantos casos se ofrecieren, sin limitacion ninguna, por la diferencia que ay, inter dispositionem legis, & hominis, vt erudite tenet Villagut. post Bart. Paul. & Ripam *in reg. de extensione legum exorbitantium à iure communi, nu.* 4. vers. *declaratur, fol.* 137.

131 Desde el *num.* 73. *hasta el* 76. ponderando la clausula: *Pero si acaesciere, que la tal muger solamente*

te oviere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo, y le tenga, y possea en su vida, se haze grande aparato de alegaciones, para fundar, que estas palabras se han de entender de vn hijo solo, sin compañia, ni concurso de otro hijo, aunque tenga hermanas; porq̃ auiendo varon, se excluyen todas, ad quod adducitur Bald. *in l. 2. col. 2.* vers. *Oppono, C. de conditionibus insertis, cum aliis iuribus.*

132 A q̃ se responde. Lo primero, q̃ Baldo, y las demas autoridades, y derechos q̃ se alegan, no tratā de la significacion de la palabra *Solo*, sino otra question diferente, an includatur numerus singularis in numero plurali ad exclusionem sororis in materia conseruationis agnationis, quæ longe distat à præsenti disputatione.

133 Lo segundo, que estas alegaciones fueron à proposito, si aora se tratâ de lo que se disputò en el pleito de la executoria; y fuera la competencia entre dos hermanos varones, y hembra, hijos inmediatos de la sucessora, que fue el caso que se determinò en aquel pleito, en fauor del varon, por las palabras de la clausula: *Pero si acaesciere, que la tal muger solamēte huuiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo, è lo tenga, è possea en su vida*: pero aora estamos en el caso de la clausula siguiente, en que se determinò: *Que despues de sus dias deste hijo, lo aya, y herede el segundo hijo varon suyo, legitimo, è natural, ò hija en defecto de hijo varon, è sus descendientes legitimos naturales*, en que se diò prelacion à la hembra, en defecto de varon segundo.

134 Con que se excluye lo que se dizē en el *n. 76. ex. gloss. in l. fin. verb. salus, C. de legib.* que la palabra *Solo*, se entiende, rēspeto de las personas del mismo genero, y no de las que son de otro genero, y calidad.

135 A que se responde, que esta conclusion tẽdra lugar en su caso, quando la disposicion excluye absolutamente à las hembras, auiendo varones; que aunque quede vno solo seràn excluidas: y en el caso que se ha de determinar desta vacante, es al contrario; porque en èl està admitida la hembra à falta de hijo segundo, y es excluido el mayor, aunque quedasse solo, auiendo de ser, ò siendo sucessor de otros mayorazgos, y estados: Y assi passò la sucession de Moya al Marques D. Francisco, abuelo del Cõde de Santisteuã, y quedò excluido el Duque de Escalona, Marques de Villena su hermano mayor, abuelo del Duque, que oy litiga, por ser varon segundo; y sino lo fuere, entrarà la hembra à falta dèl de la misma manera, por estar llamada la hija del hijo varõ inmediato de la sucessora, à falta de hijo varõ segũdo: y auiẽdose hecho la diuision, no puede boluer à fundarse el estado de Moya con otro, hasta que suceda otra vez el caso de quedar sucessora hembra, que case con varon que tenga otros estados, y deste matrimonio quede hijo varon, en quien se permitiò la junta, ò hembra, no quedando varon, para que teniendo dos hijos varones, buelua à passar el estado de Moya al segundo: y no auiendola, à la hija, y à sus descendientes, q̃ es el verdadero sentido que tienen estas clausulas. Y pudieramos afirmar por las alegaciones que hemos visto, que esta consideracion fue en lo que se fundò la defensa principal, que hizo el Duque don Francisco Pacheco en el pleito de la executoria cõtra la Cõdesa D. Iuana su hermana, diziendo, que esta clausula, en que se dà llamamiento à la hija, y à sus descendiẽtes en defecto de hijo segundo varõ, habla de los grados vlteriores, y no de los hijos inmediatos de la sucessora; porque en ellos està permitida la jũta de dos estados en el varon, aunque tenga hermana, por especial

cial diſpoſicion, para que en los demas grados ſe haga la diuiſion: y à falta de varon ſegundo, ſucedã las hembras de las demas lineas.

136 Con que ſe reſponde à lo que ſe dize deſde el *n.* 78. que no ſiendo D. Franciſca Antonia, deſcẽdiente del Duque D. Franciſco Lopez Pacheco, hijo de la Marqueſa D. Luiſa de Cabrera, no pudo entrar en virtud de el llamamiento de la hija à falta de hijo ſegundo, excluyendo al Duque ſu nieto.

137 Porque auiendoſe hecho la diuiſion deſtos eſtados en ſus hijos, y entrado en el de Moya el Marques don Franciſco Pacheco, que hizo linea para ſi, y para ſus deſcendientes, y auiẽdoſe acabado en el Cõde de Santiſteuan, no ha de boluer el mayorazgo à la linea del Duque don Iuan Pachecho, que tambien hizo linea para los ſuyos para la suceſsion de los eſtados de Eſcalona, y Villena, ſino paſſar al varon ſegũdo, ò à la hija en defecto de varon de la deſcendencia del Duque Don Fraucifco Pacheco, en quien ſe hizo la junta, ex his quæ ſuprà diximus, n. & paſsim.

138 En el *num.* 82. ſe dize, proſiguiendo el miſmo fundamento, que auiendo varon, ſiempre ha de ſer preferido à la hembra; que eſto miſmo ſe prueba con el comun vſo de hablar, que quando ſe llama à la hembra en defecto de varon, ſe entiende indefinita, y vniuerſalmente en defecto de todo varon, como en terminos de eſtatutos lo dixeron Bartulo, Alexandro, y otros.

139 A que ſe reſponde. Lo primero, q̃ en eſtas propoſiciones generales ſe confunden los terminos, y concluſiones juridicas; porque quando el termino indefinite concepto præponitur ſignum particulare, no ſe puede dezir, que es indefinito, ſino particular, como ſi à las palabras *Hijo, Muger*, ò *Varon* (que eſtando ſolas, fueran indefinitas, & æquipolerent vniuer-

uersali)se le añade seña particular, como en este caso, en que la razon, y causa final desta disposicion, fue que sucediesse *el hijo segundo*, excluyendo al primero, y distinguiendole dèl. Este no es termino indefinito, sino tan particular, que fuera derechamente contrauenir à las clausulas, hazer sucessor deste estado al Duque de Escalona, vt magistraliter tenet Bart. *in l. si ita scriptum in princip. ff. de leg. 2. & in l. 1. ff. de regul. iur.*

140 Lo segundo, que la disposicion particular de la fundacion de vn mayorazgo, indefinita non æquipollet vniuersali, nisi quādo eadem ratio, & conditio personarum, & mens testantis id suadent, non aliàs, vt in specie docuerunt Din. *in rub. de regul. iur.* Bart. *in l. si pluribus, num. 6. ff. de vulg. & in l. omnes populi, num. 67. ff. de iust. & iure, idem* Bart. Angel. Paul. & cæteri Scribentes *in l. si seruitus, ff. de seruitutib. vrban. prædior.* Decius *cons. 30.* Cagnol. *in l. 1. n. 8. & 9. ff. de reg. iur. & cū pluribus*, Couar. *lib. 1. var. cap. 13. num. 8. vers. 1. duodecimo.*

141 Y no puede auer cosa mas distante, q̄ querer el Duque de Escalona, siendo posseedor de tantos estados; que debaxo de la palabra *hijo segundo*, se entienda todo varon: y que siendo padre del vltimo posseedor, que muriò sin sucesion, y hijo del Duque D. Iuan Fernandez Pacheco, que quedò excluìdo por su hermano D. Francisco Pacheco, que fue el hijo segundo, tener entrada en esta sucesion, substituyendo al Conde de Santisteuan, estando excluìdo, y auiēdose de tener, como sino fuera llamado, por la confusion que se causara del estado de Moya con los de Villena, y Escalona, *vt diximus in prima alleg. à num. 58.* y siendo tan diferente la condicion de las personas, que el segūdo està llamado, y el mayor excluìdo.

142 En el num. 84. con grande confiança dize

el Duque de Eſcalona, que para mayor comprobacion de todo lo que queda dicho, y que las palabras, *ò hija en defecto de varon*, aũque eſtàn proximas al llamamiento del hijo ſegundo, debaxo de vna oracion alternatiua, no ſe ha de entender en defecto del hijo varon ſegundo, ſino en defecto de qualquier varon ſe deuen ponderar las palabras de otra clauſula antecedente. fol. 2. ibi: *De manera, que los mayores precedan à los menores, y los varones à las hembras. &c.*

143 A que ſe reſponde, que puede cauſar admiracion, que las clauſulas del mayorazgo regular, que fundò del eſtado de Moya D. Andres de Cabrera, en que formò los llamamientos de vna ſuceſsion ordinaria de ſus hijos, y deſcendientes varones, y hẽbras en que es fuerça preferirſe el varon à la hembra, y el nieto al biſnieto, y el ſobrino al tio, que es lo que ſe preuino por la clauſula que ſe pondera, ſe traiga por argumento de la que el fundador diſpuſo en la clauſula de la incompatibilidad, en que tuuo por muerto, ò como ſino huuiera nacido, al hijo mayor que huuieſſe ſucedido en otros eſtados, equiparando la ſuceſsion regular à la irregular que propuſo el fundador, para que ſu mayorazgo no ſe confundieſſe con otro, dandole la ſuceſsion à la hija en defecto de varon ſegundo, y excluyendo al mayor, hijo del hijo, ò hija inmediatos de la ſuceſſora, que ſe huuieſſe caſado con quien tuuieſſe otro eſtado, vt ſuperius diximus.

144 Deſde el num. 85. haſta el num. fin. de ſu informacion, pretende el Duque de Eſcalona ſatisfacer al Articulo tercero de la informacion de D. Frãciſca Antonia en que ſe funda, que quando no tuuiera cõtra ſi la clauſula de la incompatibilidad del mayorazgo de Moya, baſtaua para ſer excluìdo deſta ſuceſsion las que tienen los eſtados de Villena, y Eſcalona.

145 A que no respondemos en particular; porque en nuestro concepto no se dize en el discurso, que se haze del grauamen de nombre, y armas, cosa especial que obligue à respuesta, y con las alegaciones del Articulo tan indiuiduales, y precisas, y tan en los terminos de las clausulas de las fundaciones de todas tres casas, y estados, està fundada la justicia de D. Frācisca Antonia, sin obstar nada de lo que en cōtrario se ha pretendido fundar.

Ex quibus ad fauorem huius partis pronuntiandū esse non dubitamus.

145 A que no respondemos en particular; por-que en nuestro concepto no se dize en el discurso, que se haze del grauamen de nombre, y armas, cosa especial que obligue á respuesta; y con las alegaciones del Articulo tan indiuiduales, y precisas, y tan en los terminos de las clausulas de las fundaciones de todas tres casas, y estados, está fundada la justicia de D. Frãcisca Antonia, sin obstar nada de lo que en cõtrario se ha pretendido fundar.

Ex quibus ad fauorem huius partis pronunciandũ esse non dubitamus.